Bereicherungsabsicht beim Diebstahl.

Dr. Otto Fries

29:328

Bereicherungsabsicht beim Diebstahl.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Otto Fries

aus München.

Approbiert am 14. Mai 1929.

München

Philipp Waizmann, Kolosseumsdruckerei, Kolosseumstraße 2

1929

Referent: Universitäts-Professor Dr. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533901_0165

INHALT.

I. Teil.

Grundlegendes über die Bedeutung des Diebstahls als Bereicherungsdelikt.

Seite

1. Der Diebstahl als Vermögensdelikt 7
2. Der Begriff der Bereicherung 11
3. Das Motiv der Gewinnsucht 15
4. Inwiefern können sich Schwierigkeiten beim Nachweis der Bereicherungsabsicht ergeben? 17
5. Folgerungen aus der Formulierung des Diebstahls als Bereicherungsdelikt 20
6. Der Diebstahl in der Beurteilung des Volks 30

II. Teil.

Die historische Entwicklung des Diebstahlsbegriffes nach seiner subjektiven Seite mit besonderer Berücksichtigung der Entstehung des Gegensatzes Zueignungs- und Bereicherungsabsicht.

Seite

1. Römisches Recht 32
2. Die italienischen und französischen Juristen des Mittelalters 34
3. Altes deutsches Recht 36
4. Die Carolina und die ältere gemeinrechtliche Literatur . 38
5. Die gemeinrechtliche Literatur des 19. Jahrhunderts . . 39
6. Die Gesetzgebung in der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts . 45
7. Gesetzbücher der deutschen Einzelstaaten im 19. Jahrhundert (außer Preußen) 47
8. Die Entwicklung in Preußen nach dem A. L. R. . . . 52

III. Teil.

Die deutsche Strafrechtsreform.

Seite

1. Vorentwurf und Gegenentwurf 58
2. Die Entwürfe von 1913 und 1919 60
3. Die Entwürfe von 1925 und 1927 61
   A) Diebstahl 61
   B) Entwendung ohne Bereicherungsabsicht 72

Seite
C) Privilegierter Diebstahl 77
D) Rückgabe der gestohlenen Sache 78

IV. Teil.
Ausländische Gesetzgebung.

Seite
1. Österreich 80
2. Einige andere ausländische Gesetze und Entwürfe . . . 83
a) Schweiz 83
b) Tschechoslowakei 86
c) Nordische Gesetze 87
d) Frankreich und Belgien 88
e) Italien 89
f) Spanien 90
g) England 90
h) Rußland 91

I. Teil.

Grundlegendes über die Bedeutung des Diebstahls als Bereicherungsdelikt.

1. Der Diebstahl als Vermögensdelikt.

Die Frage, ob der Diebstahl ein Bereicherungsdelikt sei, ist nicht neu. Eine einheitliche Beantwortung hat sie bis heute nicht erfahren. Sie ist dadurch wieder zur Sprache gekommen, daß nach dem Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nur dann ein Diebstahl angenommen werden kann, wenn der Täter in Bereicherungsabsicht handelt.[1])

§ 242/I RStGB. lautet: Wer eine fremde, bewegliche Sache einem andern in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.

„Man sollte meinen", wird gegen die Stellungnahme des Entwurfs geschrieben,[2]) „daß diese Tatbestände,[3]) die fast seit 60 Jahren Tag für Tag den Gegenstand zahlloser richterlicher Erkenntnisse gebildet haben, die bei Juristen und Laien, wie kaum ein anderer Tatbestand sich eingelebt haben und für deren Änderung sich in all den Jahrzehnten kein Bedürfnis herausgestellt hat, man sollte meinen, daß diese Tatbestände vom Entwurf ohne Änderungen übernommen worden wären; dem ist aber nicht so".

Diese Worte wären dann gerechtfertigt, wenn nicht schwerwiegende Gründe für die neue Fassung sprechen würden. Die in den Begründungen zu den verschiedenen Strafgesetzentwürfen vielleicht nicht immer ganz glücklich gewählten Beispiele konnten die Meinung aufkommen lassen, als ob es sich nur um einige in der Praxis gänzlich belanglose Fälle handelte, um derentwillen der Diebstahlstatbestand des RStGB. geändert werden sollte. Es wäre indes falsch, anzunehmen, daß sich hierin das Problem erschöpft; vielmehr können zur Befürwortung einer Revision des Begriffes „Zueignungsabsicht" beim Diebstahl zahlreiche gute Gründe angeführt werden.

---

[1]) Amtlicher Entwurf eines Allgem. Deutschen Strafgesetzbuches vom Jahre 1925 und seine nach den Beschlüssen des Reichsrates revidierte, im Jahre 1927 veröffentlichte Fassung.

[2]) Lang, Lücken und Überflüssiges im Strafgesetzentwurf, JW. 1928 S. 2185.

[3]) Nämlich Diebstahl und Unterschlagung des RStGB.

In den Motiven zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund ist der Hoffnung Ausdruck gegeben, daß der Ausdruck „Zueignungsabsicht" genüge, um alle Zweifel hinsichtlich dessen zu beheben, was der Gesetzgeber damit gemeint hat. Diese Hoffnung hat sich nicht erfüllt; denn wir haben heute eine Reihe verschiedener Ansichten darüber, was unter der Absicht rechtswidriger Zueignung zu verstehen sei, keine legt den Begriff aber so aus, wie man bei Abfassung der erwähnten Motive als natürliche Folge der neuen Formulierung dachte.

Die Ansichten über das Wesen der Zueignungsabsicht lassen sich in drei Hauptgruppen einteilen[1]):

1. Die Absicht des Diebes geht darauf, eine eigentumsgleiche Herrschaft über die Sache zu gewinnen,[2]) oder
2. den ausschließlichen Genuß an der Sache zu erlangen, und
3. Einverleibung der Sache in das eigene Vermögen oder Gewinnung der Sache ihrem wirtschaftlichen Werte nach, in der Absicht, andere davon auszuschließen.

Eine Untersuchung der Frage, welche von diesen Auffassungen die richtige ist, kann nicht Aufgabe der vorliegenden Abhandlung sein. Das eine aber ist bemerkenswert, daß man sich in weitem Umfang genötigt sah, beim Diebstahl wirtschaftliche Momente zu berücksichtigen.[3])

Das Reichsgericht (40, 10) definiert: „Zueignungsabsicht ist die Absicht, eine bewegliche Sache wirtschaftlich in ein dem Inhalt dieser rechtlichen Beziehungen (Eigentum) entsprechendes Verhältnis zu bringen, d. h. ihrem Sachwert nach dem eigenen Vermögen tatsächlich zuzuführen". Folgt man dieser Auffassung, wonach die Zueignung nicht als juristischer Eigentumserwerb aufgefaßt werden kann, sondern vom wirtschaftlichen Standpunkt aus bestimmt werden muß,[4]) so ist damit schon ein wichtiger Schritt zur Bereicherungsabsicht gemacht. Nach Frank ist das Wesentliche bei der Zueignung nicht die Gewinnung der Sachsubstanz, sondern des Sachwertes. Verlangt man nun weiter, daß der gewonnene Sachwert eine Vergrößerung des Vermögens des Täters darstellt und zugleich in demselben Maße das Vermögen des Bestohlenen vermindert wird, so hat man es mit Bereicherung zu tun. Es wäre indes falsch, auf Grund des RStGB. anzunehmen, daß zum Dieb-

[1]) Vergl. z. B. Ebermayer § 242/II B 1, Olshausen 242, 27 ff. Harburger. Vergl. Darst. VI, 210 ff, Willi Zimmer, Der Zueignungsbegriff nach dem RStGB. etc. S. 108.

[2]) So Binding, Lehrbuch I, S. 268. Liszt, Lehrbuch S. 647.

[3]) So insbesondere Frank 242/VII, Olshausen 242, 29. Graf Glaispach (Die Veruntreuung) S. 17 ff. Harburger, S. 212. Dörr (über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen), außerdem das Reichsgericht, außer der im folgenden erwähnten, in einer Reihe von Entscheidungen: 50/254, 51/97, 55/59.

[4]) Siehe z. B. die Hervorhebung dieses Umstandes in den Protokollen der Strafrechtskommission, 1913, 169. Sitzung, erste Lesung B. T. S. 18.

stahl nach § 242 Bereicherungsabsicht gehört.[1]) In dieser Hinsicht besteht heute kaum ein Zweifel; nur wenige Schriftsteller haben versucht, § 242 in diesem Sinne auszulegen.[2]) So insbesondere Hälschner und Dörr. Tatsächlich handelt es sich hier um Erörterungen de lege ferenda, denn die Voraussetzungen, auf denen eine derartige Ansicht aufgebaut wird, insbesondere hinsichtlich der Begriffe Vermögen und Vermögensbeschädigung sind im RStGB. nicht gegeben.

Im folgenden handelt es sich nun zunächst nicht darum, ein bestimmtes Gesetz auszulegen, sondern es soll aus allgemeinen Erwägungen und sodann im Hinblick auf die historische Entwicklung erörtert werden, ob zum Diebstahl Bereicherungsabsicht gefordert werden muß.

Als Grundlage muß zunächst erörtert werden, was unter Vermögen zu verstehen ist.

Binding[3]) entwickelt die Meinung, daß das Vermögen eines Rechtssubjektes aus der Summe seiner Vermögensrechte und Pflichten gebildet wird und immer nur in seinen Bestandteilen angegriffen werden kann. Darnach ist in seinem Vermögen geschädigt, wer ohne Billigung des Gesetzes um sein Vermögensrecht oder um die Sache, an der es besteht, oder um die Möglichkeit seiner vollen Ausübung gebracht wird, gleichgültig ob wirtschaftlich jene Einbuße sich als Verlust oder als Gewinn darstellt; andererseits hat jeder einen rechtswidrigen Vermögensvorteil erlangt, der wider den Willen des Gesetzes Vermögensrechte erwirbt oder sich ohne diese Wirkung das zuwendet, worum er den anderen geschädigt hat, gleichgültig, ob die Beute sich hinterher wirtschaftlich lohnt, auch dann also, wenn ein wirtschaftlicher Ausgleich stattfindet.[4]) Infolgedessen kommt Binding auch dazu, ausgehend von der Einteilung, daß alle Vermögensverbrechen entweder reine Schädigungs- oder aber zugleich Bereicherungsverbrechen seien, den Diebstahl als Bereicherungsdelikt zu bezeichnen.[5]) Auch die Aneignung eines „wertlosen" fremden Eigentumsobjektes ist nach ihm Bereicherung, ebenso wie das Eigentum selbst ein Vermögensrecht ist.[6])

In diesem Sinne soll im folgenden von Bereicherung nicht gesprochen werden. Die herrschende Meinung versteht unter Vermögen den Inbegriff der geldwerten Güter, über die jemand rechtlich im eigenen Interesse selbst oder durch einen Vertreter ver-

---

[1]) Olshausen 242/35.

[2]) Hälschner II, 293 ff. Dörr 196 ff., auch Dickel, Tatbestand des Diebstahls nach deutschem Recht S. 58, 60.

[3]) Lehrbuch B. T. I S. 238.

[4]) Binding a. a. O. S. 240.

[5]) a. a. O. S. 242, 267.

[6]) Derselben Ansicht ist übrigens auch Lobe, Leipzig. Komm. 252,2. Anders dagegen Leipzig. Komm. 263,6 (Eichelbaum).

fügen kann.[1]) Daraus folgt, daß Eigentumsobjekt und Vermögensbestandteil nicht identisch sind. Eine wertlose Sache ist wohl Gegenstand des Eigentumsrechtes ebenso wie des Vermögens in dem von Binding entwickelten Sinne, aber sie ist als solche nicht zum wirtschaftlichen Vermögen zu rechnen. Zum wirtschaftlichen Vermögen gehören an sich nicht nur Sachen, sondern auch Rechte. Diese können aber hier unberücksichtigt gelassen werden, da der Diebstahl nur die Wegnahme von Sachen betrifft.

Das Vermögen ist geschädigt, wenn der Inbegriff der einer Person zustehenden Güter um seinen Gesamtwert vermindert wird. Vermögensvorteil ist die in Geld veranschlagbare Vermehrung des Gesamtwertes der einer Person zustehenden Güter.[2])

Während das geltende Recht Diebstahl, Unterschlagung und Raub als Zueignungsdelikte behandelt, bei Betrug und Erpressung dagegen die Absicht eines rechtswidrigen Vermögensvorteils fordert, sind diese sämtlichen Delikte sowohl im Entwurf 1925 als auch im Entwurf 1927 gleichheitlich als Bereicherungsdelikte formuliert. Tatsächlich war die bisherige verschiedene Behandlung nicht gerechtfertigt.[3]) Bereicherung ist das ihnen gemeinsame, sie von andern Eigentumsverbrechen, die nur auf Schädigung gerichtet sind, unterscheidende Merkmal. Die Handlung ist hier nicht bloß auf vermögensrechtliche Benachteiligung eines anderen gerichtet, sondern auch darauf, daß der Vermögenswert den Interessen eines anderen zugänglich gemacht wird.

Wirtschaftlich betrachtet will der Dieb ebenso wie der Betrüger eine Besserung seiner Lage durch Vermehrung seiner Vermögensgüter, nicht anders ist es bei Unterschlagung, Raub und Erpressung. Dieses gemeinsame Ziel soll nur auf verschiedene Weise erreicht werden. Die Einteilung in Eigentumsdelikte und Vermögensdelikte ist innerlich nicht begründet. So teilt z. B. Birkmeyer[4]) ein in Delikte gegen das Vermögen im Rechtssinn, und zu diesen rechnet er die Eigentumsdelikte, und die Delikte gegen das Vermögen im ökonomischen Sinn (Betrug, Erpressung, Untreue). Er sagt aber: Das Vermögen im subjektiven Sinn, als Recht gedacht, kann der Dieb nicht verletzen. Rechtlich bleibt das Gestohlene stets im Vermögen des Bestohlenen. Was dem Bestohlenen durch das furtum abgeht, das ist die faktische Macht, die ihm das Vermögensrecht über die gestohlene Sache, wie über alle seine Vermögensbestandteile, gab.

Es ist nicht einzusehen, warum der Fall, daß jemand eine wertlose Sache nimmt, anders sein soll, als der, daß jemand eine wertlose Sache erschwindelt; ebenso: Der Gläubiger nimmt im

---

[1]) Vergl. die Literatur bei Ebermayer, 253,2. Olshausen 263, 43. Frank 263, V und Zimmer S. 146.

[2]) Frank 263 V und VII.

[3]) Vergl. z. B. Merkel, Diebstahl und Unterschlagung in H. H. III, S. 621.

[4]) Das Vermögen im juristischen Sinn, S. 326. Ähnlich auch Liszt S. 606 ff

Wege der Selbsthilfe eine ihm geschuldete Sache oder aber, er erschwindelt sie; der Täter nimmt eine Sache weg und legt ein mehrfaches des Wertes dafür hin, oder er erschwindelt auf diese Weise etwas.[1]) Alle diese Fälle sind nach heutigem Recht, wenn die Sache erschwindelt wird, nicht als Betrug strafbar, dagegen als Diebstahl, wenn die Sache weggenommen wird.[2])

Man hat dagegen eingewendet, daß insofern zwischen Diebstahl und Betrug ein Unterschied sei, als letzterer in anderer Weise das Vermögen angreife, nämlich das Vermögen als ganzes, der Diebstahl aber nur einzelne Vermögensgegenstände; bei Diebstahl könne es sich nur um Schutz des Besitzers gegen Störungen seiner Verfügungsmacht über die konkrete einzelne Sache, nicht um Schutz seines Gesamtvermögens handeln.[3]) Es ist zwar richtig, daß die Vermögensschädigung beim Diebstahl nur durch Entziehung eines Vermögensgegenstandes geschehen kann, beim Betrug aber auch auf die verschiedensten anderen Arten, z. B. Eingehung einer Schuld etc. Das ist kein Beweis dafür, daß nicht in beiden Fällen das Vermögen geschädigt sei, denn niemand wird leugnen können, daß auch beim Diebstahl eine Verschlechterung der Gesamtvermögenslage des Geschädigten eintritt, sobald Objekt des Diebstahls nur ein vermögenswerter Gegenstand sein kann.

2. Der Begriff der Bereicherung.

Geht die Absicht des Diebes auf Erlangung eines Vermögensvorteiles, so ist klar, daß nur dann jemand „als Dieb" tätig wird, wenn er glaubt, durch den wegzunehmenden Gegenstand sein Vermögen in dem oben entwickelten Sinne vergrößern zu können. Dies ist aber nur dann möglich, wenn der Gegenstand gleichzeitig einem anderen Vermögen entzogen wird. Da Vermögen die Summe geldwerter Güter ist, kann der dem Vermögen entzogene Gegenstand nur ein solcher sein, der Geldwert hat. Es ist durchaus denkbar, daß jemand in Bereicherungsabsicht eine nicht in Geld abschätzbare, eine sogenannte wertlose Sache einem andern wegnimmt; immerhin kann er dies nur dann, wenn er irrtümlich die Sache für geldwert hält.

Beispiel[4]): Ein Dienstmädchen vom Lande, das seit kurzem in der Stadt in Stellung ist, findet bei ihrer Herrschaft in einer Schub-

---

[1]) Ähnlich z. B. auch der Fall, daß ein Bruder dem anderen ein Familienandenken (Locke) gewaltsam entreißt; er wird bestraft; verschafft er sich das Andenken durch List, bleibt er straflos.

[2]) Allerdings wird in solchen Fällen heute vielfach die objektive »Rechtswidrigkeit« verneint, nämlich dann, wenn ein »Recht« auf eigentümliche Erwerbung der Sache besteht, z. B. ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums an der Sache selbst. Vergl. Olshausen § 242 N. 32a Abs. 4.

[3]) Protokolle der Strafrechtskommission a. a. O. S. 31.

[4]) Der Fall ist der Presse entnommen.

lade eine Inflations-Hundertmarknote. Es nimmt den Schein an sich, ohne eine Ahnung davon zu haben, daß dieser längst wertlos ist. Als sie den Schein wechseln lassen will, wird ihre Verhaftung wegen Betrugs veranlaßt, wobei sich der geschilderte Sachverhalt herausstellt, ein Betrug also nicht in Frage kommt.

Nach § 242 RStGB. muß hier Diebstahl angenommen werden, ebenso wenn man als Dieb nur den ansieht, der in Bereicherungsabsicht handelt, im objektiven Tatbestand aber keine geldwerte Sache voraussetzt. Dagegen kommt kein Diebstahl, zum mindesten kein vollendeter in Betracht, wenn nur eine geldwerte Sache „gestohlen" werden kann. Derjenige also, der in Bereicherungsabsicht eine irrtümlich für wertvoll gehaltene wertlose Sache wegnimmt, kann unter dieser Voraussetzung höchstens wegen Versuchs bestraft werden. (§ 26/I Entw. 27)[1]) Der allenfallsige Einwand, daß dieses Ergebnis deshalb nicht zu billigen ist, weil hier anders wie in sonstigen Fällen des „Versuchs am untauglichen Objekt" ja tatsächlich durch die Wegnahme der Gewahrsam gebrochen ist, kann damit widerlegt werden, daß hier, und das darf nicht übersehen werden, keine Vermögensschädigung möglich ist, ohne die ein Bereicherungsdelikt nicht denkbar ist.

Ähnlich ist das Beispiel Harburgers[2]): Die Absicht des Täters geht nicht auf einen bestimmten Gegenstand, sondern auf alles Erreichbare; der erbrochene Raum ist aber zufällig ganz leer; dann wäre mangels Möglichkeit einer Vermögensminderung die Annahme von Diebstahlsversuch ausgeschlossen (Harburger geht offenbar von der objektiven Theorie aus). Damit will Harburger beweisen, daß es auf einen Vermögensschaden nicht ankommen kann. Tatsächlich besteht aber kein Grund, dieses Ergebnis zum Anlaß zu nehmen, von dem Erfordernis eines Vermögensschadens abzusehen, denn hier hätte, wie bei zahlreichen anderen Fällen, die aus dem Diebstahl auszuscheiden haben, ein anderes Delikt einzugreifen, das die unberechtigte Aneignung unter Strafe stellt.[3]) Gewöhnlich übersieht man, daß eine Tat, wenn sie auch begrifflich nicht als Diebstahl angesprochen werden kann, deswegen noch nicht überhaupt straflos zu bleiben braucht.

---

[1]) Die Frage der objektiven oder subjektiven Versuchstheorie entscheidet der Entw. 27 zugunsten der letzteren, auch die Lehre vom sogen. Mangel am Tatbestand ist nicht berücksichtigt. Er nimmt auch nicht mehr einzelne besondere Fälle des untauglichen Versuchs aus, wie § 23/IV Entw. 25, sondern sieht nur in weitem Maße Strafmilderung vor; § 26/III Entw. 27. Vergl. Begründung S. 24, ferner Aschrott-Kohlrausch S. 29. Obgleich m. E. der objektiven Theorie der Vorzug zu geben ist, kann hier nicht in eine Erörterung dieser Frage eingetreten werden, sondern wird die Stellungnahme des Entwurfs vorausgesetzt.

[2]) Vergl. Darst. S. 219.

[3]) An diesem Beispiel zeigt sich übrigens, daß es zweckmäßig ist, bei Abfassung eines derartigen Deliktes nicht von »Aneignung ohne Bereicherungsabsicht« zu sprechen, sondern von einer Aneignung, die nicht als Diebstahl strafbar ist. Vergl. Entwurf 27 § 334.

Zieht man die Konsequenz aus der Stellung des Diebstahls innerhalb der Vermögens- und Bereicherungsdelikte, so kann man nur zu dieser Auffassung gelangen. Denn wenn es bei diesen Delikten auf den Schutz des Vermögens ankommt, dann kann der obige Fall nicht wegen eines Bereicherungsdeliktes zu strafen sein, weil eine wertlose Sache, wie entwickelt, nicht Gegenstand des wirtschaftlichen Vermögens ist.[1]) Wäre für den Diebstahl nur Bereicherungsabsicht maßgebend, ohne daß es objektiv auf den Wert der weggenommenen Sache ankäme, dann wäre die unbefriedigende verschiedenartige Beurteilung von Fällen, in denen sich jemand eine wertlose Sache durch falsche Vorspiegelungen oder durch Wegnahme verschafft, nur zum Teil beseitigt; wenn der Täter ohne Bereicherungsabsicht handelt, würde allerdings weder Betrug noch Diebstahl vorliegen, wenn er sie aber auf Grund falscher Vorstellungen hat, müßte wie heute auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches entschieden werden.

Ob der Entwurf Geldwert der Sache fordert, ist zweifelhaft. Zum Ausdruck gebracht ist dieses Erfordernis jedenfalls nicht, im einzelnen wird hierauf bei der Besprechung der Fassung der einschlägigen Fragen des Entwurfs zurückzukommen sein (Teil III).

In der Literatur sind die Ansichten hierüber verschieden. Vielfach wird das Erfordernis eines Vermögenswertes aus den vorgetragenen Gesichtspunkten bejaht.[2]) Dagegen ist zum Beispiel Lilienthal[3]) der Ansicht, daß auch bei Wegnahme an sich wertloser Sachen in Bereicherungsabsicht Diebstahl vorliegt.

Die Frage des Wertes der Sache spielte früher und im Ausland auch heute eine große Rolle deswegen, weil die Strafe nach dem Wert der gestohlenen Sache abgestuft und die Einteilung in leichten und schweren Diebstahl vielfach hiernach bemessen wurde. Es ist leicht einzusehen, daß ein derartiges Verfahren im Grunde willkürlich ist und zu ungleicher Behandlung und Ungerechtigkeit führen wird. In der deutschen Strafrechtsreform ist dieses Problem deshalb auch nie in Erwägung gezogen worden.

Im Zusammenhang mit der Frage des Wertes des Diebstahlsgegenstandes steht eine andere: muß die vom Dieb erstrebte Bereicherung gerade darin liegen, daß die Sache dem Vermögen des Berechtigten entzogen und dem Vermögen des Diebes zugeführt

---

[1]) Wenn das Reichsgericht (z. B. 40, 10; 50, 254) davon spricht, daß der Täter den Sachwert dem eigenen Vermögen zuführen will, wobei Sachwert nicht notwendig Geldwert ist, so ist das streng genommen nur dann richtig, wenn zum Vermögen auch andere als geldwerte Güter gehören können. Tatsächlich fordert es auch wenigstens nicht ausdrücklich Geldwert der Vermögensgüter (Vergl. z. B. 50, 277).

[2]) Vergl. z. B. Dörr, Merkel S. 621, 658. Daß bei Entwicklung des Diebstahlsbegriffes der Wert vielfach eine Rolle spielte, wird in Teil II nachzuweisen sein, ebenso wird bei der ausländischen Gesetzgebung darauf zurückzukommen sein.

[3]) Zeitschrift für Strafrechtswiss. 32/21.

werden soll? Muß zwischen dem Objekt der Vermögensbeschädigung und des Vermögensvorteils ein direkter Zusammenhang bestehen, müssen beide identisch sein? Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß diese Frage auch dann von großer Bedeutung ist, wenn es auf einen objektiven Wert der Sache nicht ankommt. Es lassen sich hier die verschiedensten Fälle denken: Jemand will einen andern in Verlegenheit bringen, er veranlaßt einen Dritten, ihm kurz vor Beginn einer wichtigen Sitzung das Manuskript zu einer Rede zu entwenden und stellt ihm für diese Tat 100 Mark in Aussicht. Jemand nimmt aus der Maschine eines Konkurrenten einen, während einer wichtigen Zeitspanne nicht ersetzbaren Teil, legt ihn dadurch lahm und verdient auf diese Weise eine große Summe.[1])

Im geltenden Recht, wo diese Fälle beim Betrug und bei der Erpressung zu entscheiden sind, ist man zu verschiedenen Auffassungen gelangt, je nachdem die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils begründet wird. Während eine Ansicht Identität der Objekte und Übergang des Wertes von einem Vermögen in das andere fordert, läßt z. B. die Rechtsprechung jeden Vorteil genügen, auf den kein Recht besteht.[2]) Nach letzterer Auffassung müßte also in den beiden oben gebrachten Beispielen Bereicherung angenommen werden. Geht man indes davon aus, daß das Ziel der Strafbestimmung des Diebstahls der Schutz des Vermögens ist, so muß man notwendig zu einer Wechselbeziehung zwischen den Merkmalen des Schadens und des Vorteils kommen in der Weise, daß dem Vermögen des einen das zuwachsen soll, was dem Vermögen des anderen entzogen ist.[3]) Dagegen wird es gleichgültig sein, ob der Täter die gestohlene Sache dauernd seinem Vermögen einverleiben will. Gerade darin, daß die einzelnen Vermögensstücke umgesetzt werden können, liegt eine wesentliche Funktion des Vermögens. Es ist also nicht nur dann Bereicherungsabsicht und damit Diebstahl gegeben, wenn der Täter die Sache verkaufen oder vertauschen, sondern auch, wenn er sie verschenken will.

Während es nicht genügt, daß der Dieb die Sache entwendet zu bloßem Gebrauch, ist es umgekehrt nicht notwendig, daß er sie selbst wirklich gebraucht. Der Dieb will die Sache sich selbst dienstbar machen, sie tatsächlich in sein wirtschaftliches Vermögen bringen; er will sie dem Vermögen des Bestohlenen tatsächlich entziehen und zwar nicht vorübergehend, zu etwaigem Gebrauch, sondern dauernd.[4]) Gewiß geht die Absicht des Diebes nicht darauf, das Vermögen des Bestohlenen zu schädigen: indem es ihm aber darauf ankommt, sich aus einem fremden Vermögen zu bereichern, muß er notwendig auch die Vorstellung haben, daß durch eben diese

[1]) Vergl. auch etwa Unl. Wettb. Ges. § 18.

[2]) Ersterer Ansicht z. B. Frank, 263, VII, Binding, Lehrb. I, 340; für letztere Ansicht z. B. vergl. Ebermayer 263, VII, außerdem die Zusammenstellung von Hegler, JW. 1925 S. 1502.

[3]) Vergl. z. B. Neidhard, arglistige Benachteiligung, Ger. S. 98. Jhrg. S. 414.

[4]) Dörr S. 154.

Bereicherung dem anderen ein Schaden erwächst, und dieser Vorstellung entsprechend auch den Schaden wollen. Es ist daher zwar nicht die Absicht, wohl aber der Vorsatz des Diebes auf Vermögensschädigung gerichtet.

Da es gleichgültig ist, ob der Täter den Gewahrsam des Eigentümers selbst oder eines dritten Gewahrsamsinhabers (z. B. des Verwahrers) bricht,[1]) kann es nicht darauf ankommen, daß der Täter weiß, in wessen Vermögen sich die Sache befindet. Die hinterlegte Sache z. B. gehört nicht zum Vermögen des Verwahrers, da eine bloß tatsächliche Verfügungsmöglichkeit nicht genügen wird, vielmehr eine rechtliche Beziehung bestehen muß zwischen der Person auf der einen und den geldwerten Gütern auf der anderen Seite, kraft deren die Person im eigenen Interesse darüber verfügen kann, um die Güter dem Vermögen dieser Person zuzurechnen. Es muß demnach genügen, wenn der Dieb weiß, daß die Sache irgend einem Vermögen entzogen wird. Zu beachten ist aber dabei, daß der Vermögensschaden desjenigen maßgebend ist, zu dessen Vermögen die Sache zu rechnen ist, nicht etwa ein dem Gebrauchsberechtigten erwachsender Schaden.

Eine wirkliche Bereicherung des Täters ist dagegen nicht nötig, ebensowenig wie eine wirkliche Vermögensbeschädigung. Es kommt nicht darauf an, ob die Werterhöhung des Vermögens oder die Bereicherung wirklich eingetreten ist, sondern darauf, ob eine Bereicherung eingetreten sein würde, wenn der Täter seine Absicht erreicht hätte.

Bereicherungsabsicht beim Diebstahl kann hienach folgendermaßen definiert werden: „Absicht, durch die Wegnahme auf Kosten eines anderen Vermögens das eigene Vermögen zu vergrößern."

Dagegen definiert Lilienthal[2]) die Bereicherungsabsicht als Absicht, sich durch die Wegnahme mittelbar oder unmittelbar in Geld ausdrückbare Werte zu verschaffen, sich den wirtschaftlichen Nutzen des entwendeten Gegenstandes dienstbar zu machen. Diese Definition geht deshalb weiter, weil nach ihr der Vermögensvorteil auch mittelbar sein kann und infolgedessen auch aus einem anderen Vermögen als dem, aus dem die Sache entwendet ist, stammen kann. Außerdem braucht ein Gegenstand, der wirtschaftlichen Nutzen hat, nicht notwendig Geldwert zu haben; nach der Definition muß nur mittels dieses Gegenstandes ein Geldwert erstrebt werden.

3. Das Motiv der Gewinnsucht.

Man könnte daran denken, als charakteristisches Merkmal des Diebes die Gewinnsucht, die Habsucht, und zwar als Motiv verstanden, anzusehen. Der grundsätzliche Unterschied zwischen Mo-

[1]) Vgl. z. B. Zimmer S. 87.
[2]) a. a. O. S. 2.

tiv der Gewinnsucht und Bereicherungsabsicht scheint klar, im einzelnen allerdings sind beide Begriffe nicht immer ganz leicht auseinander zu halten.[1]) In dem bekannten Beispiel von dem Heiligen, der, um Armen und Kranken helfen zu können, mangels eigener Mittel, reichen Leuten diese entwendet, liegt kein Handeln aus Gewinnsucht vor, wohl aber in Bereicherungsabsicht, denn die Absicht geht zwar nicht darauf, sich selbst, wohl aber die Armen zu bereichern.

Der Psychiater Professor Specht erzählt[2]) von einem wegen Diebstahls Verurteilten, den er zwecks kriminalpsychologischer Untersuchungen zur Beobachtung bekam, daß sich dieser als Tolstoi- und Dostojewski-Kenner und -Verehrer, als philosophischen Dieb bekannte, der nicht nur aus Habgier, sondern aus einem fanatischen Trieb heraus handelte, der ungleichen Güterverteilung dieser Welt durch seine Diebstähle abzuhelfen. Zeigt dieses Beispiel schon, zu welch bedenklichen Folgen eine weitgehende Berücksichtigung der Motive des Täters allein bei der Erwägung mildernder Umstände führen kann,[3]) so ist jedenfalls klar, daß das Motiv kein geeigneter Maßstab für die Abgrenzung eines bestimmten Deliktes sein kann[4]).

Motiv ist der zur Tat treibende Grund; dieser Grund kann in der Gesinnung des Täters gelegen sein, z. B. Gewinnsucht, Bosheit, Ehrgeiz, Nächstenliebe; er kann aber auch auf anderen Umständen beruhen, z. B. Not.[5]) Köhler[6]) unterscheidet folgendermaßen: „Manche Beweggründe sind oft erst Entstehungsgründe für die mit der beschlossenen oder zu beschließenden Handlung zu verbindende Absicht. Erst der zweite nähere Beweggrund des Wegnehmens ist gleichbedeutend mit der Absicht rechtswidriger Zueignung, z. B. das Hungergefühl als solches ist Erzeuger von Absichten, aber noch nicht Absicht."

Das Motiv der Gewinnsucht bezeichnet eine Gesinnung, die dauernd unter Mißachtung der Rechte und Interessen Dritter auf die Erzielung von Gewinn oder Ersparung von Ausgaben gerichtet ist.[7]) In diesem Sinne ist „Gewinnsucht" in § 27 a RStGB. zu verstehen, ebenso § 38 Entw. 27. Diese Gier nach Gewinn kann Beweggrund für jede Art Straftat werden, sie ist keineswegs ein besonderes Kennzeichen der Vermögensdelikte. Die Absicht, sich

---

[1]) Liszt S. 152, Harburger S. 216, Olshausen 242, 35.

[2]) Vortrag in der Jur. Studienges. München, Januar 1929.

[3]) Die Forderungen b. d. Reform d. Strafrechts verlangen noch eine wesentlich eingehendere Berücksichtigung solcher Umstände, als dies bisher geschehen ist. Vgl. auch § 69 Entw. 27.

[4]) So z. B. von Bar, Gesetz und Schuld im Strafr. II S. 357; eingehend hat Ullmann S. 62 ff. die Frage behandelt.

[5]) Liszt S. 152.

[6]) Deutsches Strafrecht S. 259.

[7]) Frank, § 27 a. Vgl. auch Köhler, Studien zum VE. eines deutschen Strafgesetzbuches, 1910 S. 10.

einen Vermögensvorteil zu verschaffen, fällt daher keineswegs notwendig mit dem Beweggrund der Gewinnsucht zusammen.[1])

Man hat gegen die Bereicherungsabsicht beim Diebstahl eingewendet,[2]) daß der, der ein wertvolles Gemälde stehle, um sich daran zu freuen, doch offenbar ein Dieb sei, aber nicht als solcher bestraft werden könne, wenn Diebstahl Bereicherungsdelikt sei. Das dürfte in der Mehrzahl solcher Fälle wohl nicht richtig sein, denn wenn z. B. jemand ein begeisterter Freund von alten Stichen ist, sich aber solche mangels der nötigen Mittel nicht anschaffen kann und nun in einer Bibliothek aus alten Werken solche Stiche herausschneidet, so handelt er zwar nicht aus Gewinnsucht, seine Kunstliebhaberei ist Motiv, aber seine Absicht geht darauf, aus einem fremden Vermögen einen Gegenstand in sein eigenes zu bekommen. Gewiß ist ein solcher Fall auch denkbar derart, daß man Bereicherungsabsicht nicht annehmen kann. Oder etwa der Fall, daß ein Student ein Reklameschild entwendet und in seiner Wohnung aufbewahrt, um seinen Unternehmungsgeist zu zeigen.[3]) Hier wird man die Absicht der Bereicherung verneinen müssen. Tatsächlich sind solche Fälle auch nicht Diebstahl und es ist nur zu begrüßen, daß sie nicht als solcher bestraft werden müssen; denn nach dem RStGB. liegt hier regelmäßig Diebstahl vor. Unter diesen Gesichtspunkten sind alle sonstigen Fälle zu erfassen, mögen sie auf welch immer einem Motiv beruhen. Ebenso, wie es sonach zahlreiche Fälle gibt, in denen jemand in Bereicherungsabsicht, aber nicht aus Gewinnsucht eine fremde Sache wegnimmt, ebenso ist es denkbar, daß jemand dasselbe aus Gewinnsucht tut ohne Bereicherungsabsicht, z. B. in dem Fall, daß jemand einen Brief entwendet, weil ihm ein Dritter dafür eine Belohnung versprochen hat.

4. Inwiefern können sich Schwierigkeiten beim Nachweis der Bereicherungsabsicht ergeben?

Ein Bedenken, das von jeher gegen die Bereicherungsabsicht beim Diebstahl vorgebracht wurde, ist, daß es für den Richter wesentlich schwieriger sein werde, Bereicherungsabsicht als Zueignungsabsicht im Einzelfall beim Täter festzustellen.[4]) Dies ist wohl nicht zu befürchten. Es wurde zwar im Vorgehenden der

[1]) Berner Lehrb. S. 553: Der Dieb steht im allgemeinen der Gewinnsucht, durch welche Spekulanten, Geizhälse bestimmt werden, fern, läßt sich vielmehr gewöhnlich vom Bedürfnis und von dem Genuß des Augenblicks und von der Gelegenheit bewegen.

[2]) So z. B. Protokolle 1913 a. a. O. S. 21.

[3]) Der Fall ändert sich auch nicht dadurch, daß der Student etwa auf diese Weise eine Wette gewinnt, denn Vermögensvorteil und Schaden sind nicht kausal.

[4]) Vergl. z. B. Harburger, S. 216, 218. Harburger glaubt sogar, daß man schließlich gezwungen sein werde, eine gesetzliche Vermutung, wie etwa im Allgemeinen Landrecht, aufzustellen.

Schluß gezogen, daß der Begriff Bereicherung notwendig eine Benachteiligung zur Voraussetzung habe. Trotzdem ergeben sich beim Diebstahl im Regelfall wenigstens nicht dieselben Schwierigkeiten wie etwa beim Betrug. Bei diesem besteht jedesmal die Notwendigkeit der Feststellung der angestrebten oder eingetretenen Verschiebungen in dem Gesamtwert des Vermögens der beiden Beteiligten. Beim Diebstahl dagegen handelt es sich nur um den Übergang einer Sache aus dem Gewahrsam des Verletzten in den des Täters, ohne daß dem eine dagegen abzuwägende Gegenleistung des Täters an den Verletzten gegenüberstünde. Ausgeschlossen ist es indes nicht, daß sich die Notwendigkeit zu dieser abwägenden Beurteiteilung auch beim Diebstahl ergibt, nämlich dann, wenn der Wegnehmende in irgend einer Weise einen dem Vermögen des Verletzten zufließenden Wertersatz leistet. Dieser Fall ist nach § 242 RStGB., auch wenn man die Zueignungsabsicht rein wirtschaftlich auffaßt, stets Diebstahl.[1]) Dagegen kann begrifflich nie eine Bereicherung vorliegen, wenn statt des in das Vermögen kommenden Wertes ein gleichwertiger weggegeben wird; es ist also, wenn der Diebstahl Bereicherungsdelikt ist, ein solcher Fall nie Diebstahl. Davon, ob ein anderes Delikt vorliegt, bezw. notwendig ist, um ein derartig eigenmächtiges Handeln zu bestrafen, kann vorläufig abgesehen werden.

Ein kunstbegeisterter Mann bekommt für ein Konzert keine Eintrittskarte mehr, er nimmt eine für einen anderen an der Kasse zurückgelegte Karte weg und legt dafür den doppelten Betrag hin. Es ist klar, daß hier keine Bereicherung gegeben ist.[2]) Jemand nimmt einem anderen ein Instrument weg und legt den vollen Geldeswert dafür hin. Bis sich der Eigentümer um dieses Geld wieder ein neues Instrument anschaffen kann, kann er zahlreiche Arbeiten nicht ausführen und erleidet eine Verdiensteinbuße. Auch hier wird in der Regel keine Bereicherung des Wegnehmenden anzunehmen sein. Es kann nämlich nicht auf den Vermögenszustand ankommen, der ohne die Wegnahme bestanden hätte, sondern maßgebend ist der Vermögensbestand, der in Wirklichkeit unmittelbar der Wegnahme vorausging[3]); insoweit ist aber im obigen Fall ein Ausgleich geschaffen. Anders wäre es vielleicht dann, wenn es dem Täter gerade darauf ankäme, den Verdienst selbst zu erzielen, den der Verletzte sonst erzielt hätte.

---

[1]) Olshausen 242, 35, Harburger S. 213; a. M. Bar, Magazin S. 17, 19. Dagegen liegt nach RStGB. kein Betrug vor bei vollwertigem Äquivalent. Vergl. RG. 16/1, Frank 263/V, Olshausen 263/22, Hegler, Vergl. Darst. VI, 2, S. 426.

[2]) Vergl. einen ganz ähnlichen Fall bei Osenbrüggen, Casuistik des Criminalrechts Nr. 80, 81; dazu das Sprichwort: Tausch ist kein Raub.

[3]) In ähnlichem Sinne hat sich das Reichsgericht (16/1) beim Betrug ausgesprochen: Nach dem gegenständlich, aber unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse zu berechnenden Unterschied zwischen beiden Vermögenssummen bestimmt sich das Merkmal des Schadens. Siehe auch Ebermayer S. 815, Frank 263/V, Merkel S. 470, a. A. anscheinend Dörr S. 63.

Daß es nicht auf einen eingebildeten Wert, einen Liebhaberwert ankommen kann, ist bei der notwendigen wirtschaftlichen Betrachtungsweise klar.[1])

Jemand nimmt einen unverkäuflichen Kunstgegenstand weg und gibt, um sein Gewissen zu beruhigen, eine dem Wert des Gegenstandes entsprechende Sache einem Wohltätigkeitsverein. Trotzdem ist dieser Fall Diebstahl; denn ein Ausgleich kann nur dann eine Rolle spielen, wenn er sich zwischen dem Vermögen des Geschädigten und des Wegnehmenden abspielt. Gerade darin liegt ja das Wesen der Bereicherung, daß sie mit einem Schaden korrespondiert.[2]) Merkel[3]) erwähnt noch einen weiteren Fall: Die Wegnahme erfolgt, während der Verletzte ein Äquivalent in einem von dem Täter gekannten und erkannten, realisierbaren Gegenanspruch hat, z. B. der Käufer nimmt die gekaufte Sache weg, ohne zu zahlen und wider den Willen des Verkäufers, weil eine Zahlungsfrist nicht bewilligt wird; später will der Käufer die Sache zahlen. Dabei ist folgende Unterscheidung zu machen: Ist der Täter z. Zt. der Tat in der Lage zu zahlen und kann der Verkäufer seinen Anspruch sofort realisieren, so ist kein Grund, warum in diesem Fall Diebstahl angenommen werden sollte. Es liegt keine Bereicherungsabsicht, sondern lediglich Eigenmacht vor. Anders, wenn der Käufer nicht die Möglichkeit hat, seinen Anspruch zu verwirklichen, der Täter also kein greifbares Vermögen hat, auch wenn er die Absicht hätte, künftig, wenn er wieder in die Lage kommen würde, Ersatz zu leisten, dies wirklich zu tun. Hier ist die Sache dem Verletzten ohne Gegenwert entzogen und darauf ging auch die Absicht des Täters, er hat also in Bereicherungsabsicht gehandelt.[4]) Es ist klar, daß entscheidend sein muß, daß das Vermögen des Verletzten nach der Tat mit Rücksicht auf die Verhältnisse und Absichten des Täters wirklich als gemindert erscheint; die bloße Hoffnung des Täters, später einmal eine reiche Erbschaft zu machen, und dann die Schuld zu bezahlen, kann natürlich seine Bereicherungsabsicht nicht ausschließen. Ganz ähnlich liegt das Beispiel Harburgers,[5]) daß sich der Bestohlene im Besitz eines gleich- oder höherwertigen, dem Täter gehörigen Gegenstandes oder einer Kaution befindet, aus der er sich für die Minderung seines Vermögens schadlos halten kann.

---

[1]) Hegler a. a. O. S. 427, Dörr S. 62, 132. Strafrecht sei öffentliches Recht und nehme auf das Individualinteresse, darauf, ob für den oder jenen eine allgemein für wertlos erachtete Sache großen Wert besitzt, keine Rücksicht.

[2]) Man kann hier allerdings einwenden, daß es im Enderfolg an einer wirtschaftlichen Besserstellung des Täters fehlt; berücksichtigt man aber die notwendige Wechselbeziehung von Bereicherung und Schaden, so muß man hier zur Bejahung von Bereicherung kommen.

[3]) S. 660.

[4]) Vergl. Osenbrüggen, Casuistik 77.

[5]) Vergl. Darst. S. 219.

5. Folgerungen aus der Formulierung des Diebstahls als Bereicherungsdelikt.

Bei einer Reihe von Fällen ist heute strittig, ob Diebstahl vorliegt, und die verschiedenen Lösungsversuche sind zum großen Teil unbefriedigend. Es ist daher zu untersuchen, wie diese Streitfragen dann zu beurteilen sind, wenn der Diebstahl Bereicherungsdelikt ist.

Diebstahl und Sachbeschädigung.

Ist es Diebstahl, wenn eine fremde Sache weggenommen wird in der Absicht, sie zu zerstören oder zu beschädigen oder sie dem Eigentümer für immer unzugänglich zu machen? Olshausen[1]) setzt die Absicht der Zerstörung oder Beseitigung gleich Zueignungsabsicht, sofern diese Absicht nur nach Erlangung des Gewahrsams ausgeführt werden kann und die Wegnahmehandlung auf Erlangung des Gewahrsams gerichtet war. Ähnlich Zimmer,[2]) nach dem ebenfalls zwischen Zueignung und Zerstörung kein sachlicher Unterschied besteht und derselbe nur im Willen und in der Vorstellung des Täters beruht. Ullmann[3]) nimmt dann, wenn Wegnahme und Zerstörung zeitlich auseinanderliegen, stets Diebstahl an, denn sei die Wegnahme einmal erfolgt, dann könne bei nachfolgender Zueignungshandlung nur mehr Diebstahl in Frage kommen, sei dies nun Verkauf, Verbrauch, Zerstörung oder etwas anderes. Anders ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts,[4]) das bei Wegnahme in der Absicht wegzuwerfen oder zu zerstören, Zueignungsabsicht verneint, mit der Begründung, daß es bei Zueignung auf die Absicht ankomme, die weggenommene Sache in sein Vermögen zu bringen, um entweder selbst über die Substanz zu verfügen oder sie auf Grund eigener Willensentschließung einem Dritten zuzuwenden. Dabei ist aber übersehen, daß die Zerstörung doch offenbar auch eine Verfügung über die Substanz ist und daß das Recht des Eigentümers sich besonders auch in der Zerstörungsbefugnis zeigt. Letzteres wird allerdings von Binding geleugnet.[5]) Daß es sich praktisch als eine rein äußerliche und oberflächliche Unterscheidung darstellt,[6]) die insbesondere einem Nichtjuristen schwer verständlich sein wird, ob der Täter die Sache wegnimmt, um sie zu zer-

---

[1]) § 242/30c, 303/12b.

[2]) S. 98.

[3]) S. 70 ff. auch Feulner, Diebstahl nach dem geltenden Recht etc. S. 19.

[4]) ERG. Str. S. Bd. 11 S. 239, 35 S. 357; Rechtssprechung 4/537, 6/727. Vergl. auch Sauer, Schließen sich Diebstahl etc. S. 16.

[5]) Vergl. dazu Lilienthal S. 17 A. 62.

[6]) Hälschner S. 300 bezeichnet es als Widersinn, wenn Bestrafung wegen Sachbeschädigung für den, der die Sache zerstört, ohne sie vorher wegzunehmen, wegen Diebstahls, wenn er sie vorher wegnimmt, eintreten soll. Frank 242 VII: Warum soll es auch einen Unterschied machen, ob jemand eine Sache sofort zerstört oder erst, nachdem er sie an sich genommen hat?

stören, oder gleich zerstört, bringt den Gedanken nahe, daß entweder die Definition der Zueignung als Ausübung des Eigentumsinhaltes falsch oder aber der Begriff der Zueignung an sich nicht geeignet ist.[1]) Mit Recht bemerkt Bar,[2]) daß es nicht erklärlich sei, wie die Rechtsordnung dazu komme, eine solche Scheidung zwischen Diebstahl und Sachbeschädigung zu machen, wenn es ihr nur darauf ankomme, das Eigentum zu schützen. Man hat daher auch die Konsequenzen im allgemeinen nicht gezogen und unter Zugrundelegung wirtschaftlicher Gesichtspunkte zunächst nur dann in der Vernichtung eine Zueignung erblickt, wenn der wirtschaftliche Wert der Sache an sich darin besteht, daß sie in einer bestimmten Weise zerstört werden kann, sofern der Täter gerade diese Zerstörung vornimmt, also der Verbrauch von Nahrungsmitteln, Brennmaterial etc. Ferner auch dann, wenn der wirtschaftliche Wert der Sache nicht von Haus aus in der Zerstörungsmöglichkeit besteht, diese Sache aber gerade durch die Zerstörung einen wirtschaftlichen Wert für den Täter gewinnt, z. B. jemand verbrennt einen fremden Tisch, um damit seinen Ofen zu heizen.[3]) Müssen diese Fälle auch tatsächlich als Diebstahl angesprochen werden, so ist doch die Begründung hierfür auf Grund des geltenden Rechts eine unbefriedigende. Andererseits aber können „nur durch eine zum mindesten zweifelhafte Auslegung der Diebstahlsvorschriften“[4]) die sonstigen Fälle bestraft werden, die tatsächlich kein Diebstahl sind, in denen der Täter lediglich in der Absicht zu zerstören oder der Verfügungsmacht des Eigentümers zu entziehen, eine Sache wegnimmt.

Selbsthilfe.

Vielen Anlaß zu Zweifel gaben die Fälle der Selbsthilfe. Wegnahme von Sachen im Hinblick auf tatsächliche oder vermeintliche Forderungsrechte. Man kann dabei unterscheiden: Wegnahme erfolgt nur zur Sicherung einer Forderung. Wegnahme der geschuldeten Sache. Wegnahme einer anderen Sache als der, auf die das Forderungsrecht gerichtet ist. Wegnahme im Hinblick auf ein Forderungsrecht, das gar nicht besteht.

Dernburg[5]) sagt grundsätzlich: Eine diebische Absicht muß vorhanden sein, wenn ein Diebstahl angenommen werden soll. Wer nur Selbsthilfe beabsichtigt, hat sie nicht.

Dieser Satz ist nur dann durchführbar, wenn diebische Absicht im Sinn einer Bereicherungsabsicht aufzufassen ist.[6]) Erfolgt

[1]) Vergl. auch Berner, Kritik d. Entw. eines StGB. f. d. nordd. Bund S. 67.

[2]) Magazin IV S. 9.

[3]) Frank 242 VII 2a, Zimmer S. 93 ff. 99.

[4]) So Begr. z. Entw. 1927 S. 164 Sp. 2.

[5]) Pandekten I § 125 S. 298.

[6]) Vergl. z. B. Berner, Lehrb. S. 553: die Aufhebung des Erfordernisses einer Bereicherungsabsicht hat zu Verirrungen Anlaß gegeben, besonders zur Verwechslung von Diebstahl und Selbsthilfe.

die Wegnahme nur zur Sicherung einer Forderung, so wird nach geltendem Recht Zueignungsabsicht und damit Diebstahl solange nicht angenommen, als die Sache nur zur Sicherung zurückgehalten wird, bis der Schuldner zahlt; wohl aber dann, wenn Täter die Absicht hat, im Falle des Nichtzahlens des Schuldners die Sache an Zahlungsstatt zu behalten. Ist der Zweck des Gesetzes Schutz des Besitzers gegen Störungen seiner Verfügungsmacht über die einzelne Sache, so müßten folgerichtig beide Fälle Diebstahl sein.

Hatte der Wegnehmende ein Recht auf die Sache, so wird gewöhnlich Diebstahl deshalb verneint, weil der Täter zwar das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hinsichtlich der Besitzergreifung, nicht aber hinsichtlich der Zueignung hatte.[1]) Anders der Fall, daß der Täter zwar kein Recht auf die weggenommene Sache hatte, vielmehr diese nur nahm, um sich für eine andere Forderung gegen den Gläubiger zu befriedigen. Hier ist objektive Rechtswidrigkeit der Zueignung stets anzunehmen, dagegen wird gewöhnlich Diebstahl wegen fehlender subjektiver Rechtswidrigkeit verneint.[2])

Voraussetzung ist natürlich stets, daß die Forderung wirklich besteht oder wenigstens der Meinung des Täters nach besteht und fällig ist. Hier gehen die Ansichten zwar auseinander. Das Reichsgericht macht dabei Unterscheidungen, die in der Natur der Sache keineswegs begründet sind. Während es den Tatbestand des Diebstahls dann nicht für ausgeschlossen hält, wenn jemand, der eine begründete Geldforderung hat, seinem Schuldner eine andere Sache wegnimmt, um sich damit für seine Geldforderung bezahlt zu machen, verneint es in derselben Entscheidung die Absicht rechtswidriger Zueignung, wenn lediglich Besitzergreifung von Geld als Zahlung für eine begründete Geldforderung erfolgt (ERGStrS. 2/184). Dagegen wird Diebstahl bejaht (ERGStrS. 25/172), wenn Täter von zwei auf einem Tisch hergerichteten Geldhäufen, von denen der eine für ihn bestimmt ist, sich aus dem anderen die ihm geschuldete Summe eigenmächtig nimmt.

Ein Bauer, der einen Sack Getreide einem Nachbarn wegnimmt, um sich für eine Geldforderung zu befriedigen, soll ein Dieb sein, wenn er sich lediglich im Weg der Selbsthilfe mit diesem Sack bezahlt machen will. Soll es nun einen Unterschied ausmachen, wenn er sich den Sack aus dem Getreidespeicher des Nachbarn holt, um sich für einen ebensolchen an den Nachbarn verliehenen ein Äquivalent zu suchen?[3]) Denn in letzterem Falle soll kein Diebstahl vorliegen, weil sich der Bauer vielleicht zwar bewußt sei, daß ihm die Wegnahme nicht zustehe, nicht aber, daß er auf den Sack kein Recht habe. Das kann schon deshalb nicht

[1]) Harburger VI 2 S. 210. Vorausgesetzt, daß das Recht auf sofortige Zueignung geht, es sich also um einen bereits gegenwärtigen Anspruch handelt, wird gewöhnlich in solchen Fällen auch die objektive Rechtswidrigkeit verneint. Olshausen 242, N. 32a Abs. 4.

[2]) Olshausen § 242 N. 32b, 34 Abs. 4.

[3]) Feulner S. 39,

richtig sein, weil naturgemäß Getreidequalitäten sehr verschieden sind. Nach der Ansicht des Reichsgerichts, das auch bei vertretbaren Sachen auf das Recht des Eigentümers abstellt, diejenigen Stücke auszuscheiden, die er zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bestimmen will, müßte auch hier Diebstahl angenommen werden.

Wie schon erwähnt, können aber die sämtlichen Fälle der Selbsthilfe nicht als Diebstahl angesehen werden. Die Unterscheidungen, die lediglich mit Hilfe von verschiedener Konstruktion des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit gewonnen werden können, sind ohne inneren Grund. Nimmt man an, daß bei Selbsthilfe allgemein das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehle, so ist das nur eine Umgehung der Schwierigkeiten; zudem kann es nicht richtig sein, gewissermaßen eine allgemeine Rechtsunwissenheit zu fingieren.[1])

Das Reichsgericht[2]) hat neuerdings, von seiner früheren Stellungnahme abweichend, in einem Falle von Selbsthilfe-Betrug einen rechtswidrigen Vermögensvorteil angenommen. A hatte eine wirkliche oder vermeintlich bestehende Geldforderung gegen B, er ging in den Laden des B und kaufte Waren, indem er sich zunächst den Anschein gab, als ob er bar zahlen wollte; nachdem er die Ware in Händen hatte, rechnete er mit seiner Forderung auf. Das Reichsgericht argumentiert hier folgendermaßen: Der Vermögensvorteil ist rechtswidrig, da A kein Recht hatte, anstelle der bestrittenen, schwer einziehbaren Geldforderung das Eigentum an Waren des Schuldners zu erhalten. Ist der Diebstahl Bereicherungsdelikt, so kann der Fall ebenso auf ihn übertragen werden. A nimmt vom Ladentisch eine Ware und rechnet mit seiner Forderung gegen B auf. Das Ergebnis wäre sonach, daß die Selbsthilfe, die nach allem kein Diebstahl sein soll, als Diebstahl angesehen werden müßte,[3]) daß also insofern die Formulierung des Diebstahls als Bereicherungsdelikt keinen Zweck hätte. Tatsächlich ist hier der Begriff des rechtswidrigen Vermögensvorteils auf fremde Kosten viel zu weit gezogen. Zwar meint Hegler,[4]) daß dann, wenn die Forderung auf Geld geht, der Täter dafür eine Ware wegnimmt, also ein aliud, „wohl jedenfalls Vermögensschädigung einerseits, Vermögensvorteil andererseits vorliegt". Statt des an sich bestehenden, aber schwer beitreibbaren, bestrittenen Anspruchs habe der Täter eine Sache als Befriedigungsmittel. Besteht die Forderung objektiv nicht, handelte der Täter aber in gutem Glauben an das Bestehen derselben, so liegt objektiv zwar ein Vermögensschaden des Berechtigten vor, subjektiv fehlt es m. E. aber an der Absicht unrechtmäßiger Bereicherung. Besteht die Forderung wirklich, dann liegt überhaupt kein Vermögensschaden vor, weil der Berechtigte dann von seiner Schuld befreit wird. Immerhin ist die Möglichkeit

[1]) Vergl. Merkel S. 659.
[2]) JW. 1925 S. 1499 Nr. 12.
[3]) Darauf weist mit Recht Aschrott-Kohlrausch S. 342 hin.
[4]) JW. 1925 S. 1500.

nicht ausgeschlossen, daß die Forderung so bestritten und schwer einziehbar gewesen wäre und der Täter dies wußte: dann steht der Annahme eines rechtswidrigen Vermögensvorteils nichts im Wege. Eine andere, in das Gebiet des Zivilrechts hinübergreifende Frage ist die, ob es sich bei Ladenkauf von selbst versteht, daß der Kaufpreis bar bezahlt wird und Aufrechnungsmöglichkeit stillschweigend ausgeschlossen ist;[1]) oder daß im Laden nur ein Vertreter des Eigentümers anwesend ist, dem gegenüber Aufrechnungen nicht erfolgen können.[2])

Ob sich derjenige, der im Weg der Selbsthilfe vorgeht, sagt: Ich kann auf andere Weise nicht zu meinem Gelde kommen, oder aber: Ich bin berechtigt, zur Befriedigung meiner Geldforderung in dieser Weise vorzugehen (wobei es darauf ankommt, ob die irrtümliche Annahme eines nicht anerkannten Unrechtsausschließungsgrundes beachtlich ist), ist m. E. für die Beantwortung der Frage, ob Bereicherungsabsicht vorliegt, gleichgültig; dies ist vielmehr von Bedeutung für die Frage, ob die Wegnahme an sich rechtswidrig ist und ob dementsprechend das eigenmächtige Handeln als solches zu strafen ist oder nicht.[3])

Lehrreich ist folgender Fall[4]): Eine Dame in der Eisenbahn; im geschlossenen Abteil sitzt ihr gegenüber nur noch eine weitere Dame. Sie schläft ein, erwacht, bemerkt, daß in ihrer Tasche ein 100 Kronenschein fehlt. Die Dame gegenüber schläft, nur sie kann den Schein genommen haben. Tatsächlich findet sich in ihrer Tasche ein 100 Kronenschein. Die Dame nimmt ihn heraus und legt die Tasche wieder unbemerkt an ihren Platz zurück. Bald darauf steigt sie aus, ohne daß die gegenübersitzende Dame erwacht ist. Zuhause erzählt sie den Vorfall ihrem Mann; dabei stellt sich heraus, daß dieser seiner Frau vor ihrer Abreise einen 100 Kronenschein versprochen, aber gar nicht mitgegeben hatte. — Mangels Bereicherungsabsicht liegt kein Diebstahl vor; so auch der schwedische Verfasser.

Wegnahme in der Absicht der Verpfändung.

Die Wegnahme einer Sache in der Absicht der Verpfändung wird nach geltendem Recht als nicht in Zueignungsabsicht erfolgt

[1]) Enneccerus, Lehrb. d. bürgerl. Rechts I 2 § 296 I A. 1.

[2]) Diese letztere Frage wird wohl beim Diebstahl weniger in Betracht kommen als beim Betrug.

[3]) Ein Widerspruch ist es übrigens, wenn Harburger, der die Zueignung wirtschaftlich auffaßt, S. 212 als Zueignungshandlungen alle Handlungen bezeichnet, die eine Verschiebung oder Veränderung der Vermögensverhältnisse der beteiligten Personen nach sich ziehen, während er S. 210 schreibt: Ist die Rechtswidrigkeit aber gegeben, so ist es gleichgültig, welche wirtschaftlichen Folgen für den Bestohlenen oder für den Täter sich aus der Handlung ergeben, besonders ob dadurch jener eine Verminderung, dieser eine Vermehrung seines Vermögens erfährt.

[4]) Entnommen der schwedischen Novelle »Diebstahl« von Hasse Zetterström, deutsch in der Sammlung »Schwedenpunsch«, Verlag Hoffmann & Co., Hamburg, Berlin.

angesehen, wenn Einlösung und Rückgabe ernstlich gewollt ist.[1]) Zimmer[2]) unterscheidet folgende Fälle: 1. Wegnahme in der Absicht der Verpfändung mit dem Willen der Einlösung, Täter hat auch die Überzeugung, dies zu können und löst die Sache ein. Hier wird furtum usus angenommen.[3]) 2. Dieselbe Absicht und Überzeugung, Täter löst aber die Sache nicht ein. Hier wird Zueignung angenommen. 3. Die Wegnahme erfolgt ohne den Willen der Einlösung und ohne Überzeugung dazu in der Lage zu sein; tatsächlich wird die verpfändete Sache aber eingelöst. Hier wird Rücktritt angenommen. 4. Die Wegnahme erfolgt in der Absicht der Verpfändung ohne die Absicht der Einlösung, ohne Überzeugung dies überhaupt zu können und ohne daß die Sache wirklich eingelöst wird. Hier wird Zueignung angenommen. Nach anderer Ansicht[4]) liegt nur dann keine Zueignung vor, wenn die Sache nach Einlösung an den Berechtigten zurückgegeben wird. In diesem letzteren Falle wird man wohl auch keine Bereicherung annehmen können, da es sich um dauernde Entziehung aus dem fremden Vermögen handeln muß. Dagegen liegt sonst stets Bereicherungsabsicht vor, wenn der Täter hofft, die Sache einmal wieder einlösen zu können. Erst recht, wenn er den Pfandschein dem Bestohlenen gibt; denn hier kann sich dieser nur mit einem Vermögensschaden den Gegenstand wieder verschaffen. Der Vermögensvorteil, den der Täter aus der Sache gezogen hat, geht also auf Kosten des Bestohlenen. Lilienthal glaubt, daß stets Bereicherungsabsicht vorliegen wird.[5])

Wegnahme zum Nutzen des Berechtigten.

Die Fälle, in denen jemand die entwendete Sache im Interesse des Eigentümers verwendet, werden unter dem geltenden Recht mangels Zueignungsabsicht nicht als Diebstahl behandelt, z. B. eine Köchin nimmt gegen den Willen der Herrschaft eine Flasche Wein aus dem Keller, um eine wohlschmeckende Mehlspeise zu machen. Jemand nimmt fremdes Geld, um die Schulden des Eigentümers zu bezahlen. Faßt man die Zueignungsabsicht wirtschaftlich auf, so ist die fehlende Zueignungsabsicht zu erklären, nicht aber, wenn Zueignung eigentumsgleiche Herrschaft über die Sache ist. Tatsächlich liegt der Unterschied zum Diebstahl bei diesen Fällen, worauf z. B. Merkel[6]) hinweist, nicht in dem Mangel der Zueig-

[1]) Ebermayer S. 725, Harburger S. 213, RG. 11, 68.

[2]) S. 126.

[3]) S. auch Olshausen § 242, 30b.

[4]) Frank 242 VIIa.

[5]) S. 20, vergl. ebendort Anm. 75: Verpfändung ist wohl nur mit Bereicherungsabsicht denkbar; es ist eine bequeme Art, die Sache zu verwerten; sie könnte höchstens fehlen bei anvertrauter Sache, die verpfändet wird, damit sie besonders sicher aufbewahrt wird.

[6]) S. 652, ebenso Hälschner. Die Ausführungen beziehen sich hier auf den im Grund gleichen Fall vom Futterdiebstahl (§ 370 Ziff. 6 RStGB.). Der

nungsabsicht, die auch dann angenommen wird, wenn jemand im Auftrag eines anderen stiehlt und diesem die Sache übergibt, sondern im Mangel der Bereicherungsabsicht. Bereicherungsabsicht ist natürlich gegeben, wenn jemand ein Pferd stiehlt und es dem Eigentümer verkauft; ebenso liegt der Fall aber, wenn der Dieb das Pferd dem Eigentümer nicht verkauft, sondern schenkt. Diebstahl ist es, wenn jemand eine Sache wegnimmt, in der Absicht, sie dem Eigentümer als Fundsache zurückzugeben und sich einen Finderlohn zahlen zu lassen.

Diebstahl an Sachen ohne Geldwert.

In anderem Zusammenhang ist bereits die Frage erörtert worden, ob eine Sache nur dann Objekt der Wegnahme beim Diebstahl sein kann, wenn sie einen Geldwert hat. Hier ist die Frage der Entwendung sogenannter wertloser Sachen zu erörtern und die Probleme, die sich hieraus ergeben.

Es ist viel darüber gehandelt worden, ob es eine absolut wertlose Sache überhaupt gibt. Die Beantwortung dieser Frage kann hier dahingestellt bleiben, denn wenn hier von wertlosen Sachen die Rede ist, so sind damit solche gemeint, die einen in Geld abschätzbaren Tausch- oder Handelswert nicht haben. Daß es Sachen gibt, die einen Sach-, aber keinen Geldwert haben, kann nicht zweifelhaft sein. Abgesehen von den Fällen, in denen das Gesetz selbst besondere Tatbestände im Hinblick auf einen geringen Wert der Sache aufstellt,[1]) spielt die Frage vielfach eine Rolle, ob an solchen wertlosen Sachen ein Diebstahl möglich ist. Ein Zweifel, daß es nach dem RStGB. auf einen Wert der Sache nicht ankommt, besteht heute wohl kaum.[2]) Infolgedessen ist der, der sich aus dem Lesesaal einen an sich wertlosen Teil einer Zeitung mitnimmt, weil ihn eine Anzeige interessiert,[3]) nach RStGB. ein Dieb; er weiß, daß dies an sich verboten ist, handelt also bewußt rechtswidrig. Gleichwohl erscheint es unangebracht, hier von Diebstahl zu reden. Das Beispiel zeigt, daß es in solchen Fällen nicht immer an Rechtswidrigkeit fehlt, daß nicht immer ohne weiteres Einverständnis des Eigentümers vorliegt oder ein solches auch nur anzunehmen ist.[4]) Ein ähnlicher Fall: Jemand holt trotz des Verbotes des Nachbarn Wasser aus dessen Brunnen.[5])

Entwurf hat übrigens auf eine gesonderte Aufführung desselben verzichtet, vergl. Begr. S. 197.

[1]) Z. B. § 370 Ziff. 5 RStGB., § 336 Entw. 27; außerdem Forst- und Feldentwendungen.

[2]) A. A. allerdings auch für das geltende Recht z. B. Dörr, John.

[3]) Beispiel bei Lilienthal S. 21.

[4]) Vergl. auch Eckardt, Kontroversen in der Lehre vom Diebstahl S. 34 ff.

[5]) Bei Bar, Magazin S. 18, vergl. auch John, ZStrW. 1, 264. Vergl. auch die Beispiele bei Dörr S. 230.

Der Ausweg, Fehlen des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, ist nur eine Umgehung, aber keine Beseitigung der Schwierigkeit. Ebenso kann auch nicht ein Hinweis auf § 153 StPO. genügen.

Ist der Diebstahl Bereicherungsdelikt, so ist es klar, daß mangels Bereicherungsabsicht kein Diebstahl vorliegt. Das gleiche gilt dann, wenn die Sache zwar einen Wert besitzt, der Täter sie aber aus guten Gründen für wertlos halten konnte.[1])

Die praktische Bedeutung der ganzen Frage liegt aber nicht so sehr in diesen, mehr oder weniger unwichtigen Fällen, als vielmehr in folgenden Erwägungen: Ist es Diebstahl, wenn jemand eine Sache ohne Geldwert wegnimmt, um sich mit ihr einen Vermögenswert zu verschaffen? Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, ob man verlangt, daß die Bereicherung unmittelbar durch die gestohlene Sache erzielt werde oder nicht. Im ersteren Fall liegt weder ein Diebstahl vor, wenn die Sache dazu benutzt wird einen Dritten zu schädigen, noch dann, wenn sie benutzt wird, um den Eigentümer dieser Sache zu schädigen. Umgekehrt, macht man diese Voraussetzung nicht, so ist zu unterscheiden: Macht der Täter von der entwendeten wertlosen Sache in der Weise Gebrauch, daß er sie gegenüber Dritten zu einem Betrug verwendet oder daß er sich von einem Dritten dafür eine Belohnung zahlen läßt oder daß er sie durch eigene Arbeit zu einer wertvollen macht, so liegt jedenfalls kein Diebstahl vor. Zueignungsabsicht würde wohl vorliegen, nicht aber Bereicherungsabsicht; denn der Vermögensvorteil geht hier nicht auf Kosten dessen, dem die Sache weggenommen wurde. Dagegen scheint Lilienthal auch hier Bereicherung für möglich zu halten.[2]) Bereicherung könne auch bei Wegnahme an sich wertloser Sachen vorhanden sein, z. B. bei Affektionsinteresse, Wegnahme in der Absicht, sich eine hohe Summe zahlen zu lassen: Die Wegnahme an sich sei Diebstahl. Eine Unterscheidung, von welcher Seite die Summe gezahlt werden soll, ist nicht gemacht.

Soll dagegen der mittels der weggenommenen Sache beabsichtigte Vermögensvorteil gerade auf dessen Kosten gehen, dem die Sache entwendet wurde, so ist die Annahme einer Bereicherung begrifflich immerhin möglich, wenngleich sie aus den oben dargelegten Erwägungen grundsätzlich abzulehnen ist.

Am häufigsten wird die Frage bei der Entwendung von Urkunden eine Rolle spielen:

Zunächst der vielbehandelte Fall, daß jemand ein Sparkassenbuch entwendet mit der Absicht, einen Teilbetrag zu erheben und es hernach wieder zurückzugeben.[3]) Das Reichsgericht nimmt hier

---

[1]) Vergl. übrigens Olshausen 242/12, der meint, daß die Annahme einer völligen Wertlosigkeit nicht nur das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, sondern auch die Zueignungsabsicht u. U. ausschließen könnte.

[2]) Vergl. seine oben gegebene Definition der Bereicherung, außerdem S. 21.

[3]) Vergl. z. B. die zit. Literatur und Rechtsprechung bei Ebermayer § 242 II B 1c S. 725.

Diebstahl an, wobei die Begründungen allerdings nicht übereinstimmen; die neueren Entscheidungen führen im Ergebnis aus, daß die Anmaßung einer wirtschaftlichen Verfügungsmacht über das Buch zwecks Abhebung des Guthabens Zueignung des Buches auch dann sei, wenn Täter die Absicht habe, das Buch nach Erhebung des Geldes wieder zurückzugeben. Niemand wird leugnen können, daß diese Auslegung des Begriffes Zueignung sehr künstlich ist. Nach anderen soll in Realkonkurrenz mit Diebstahl Betrug oder aber strafloses furtum usus und nur Betrug vorliegen, auch Unterschlagung wird behauptet.[1])

Wie ist der Fall nun rechtlich zu beurteilen, wenn der Diebstahl Bereicherungsdelikt ist? Daß mit der Abhebung des Guthabens oder eines Teiles desselben das Vermögen des Täters bereichert ist, dürfte außer Zweifel sein. Man kann aber einwenden, daß das Buch an sich noch keine Werterhöhung des Tätervermögens darstellt; es ist kein Wertpapier, das den Wert selbst verkörpert, und in seiner Eigenschaft als Legitimationspapier (§ 808 BGB.), das es nach herrschender zivilrechtlicher Meinung ist, dient es nur zum Beweis von Gläubigerrechten. Es ist also durch die bloße Wegnahme des Buches das Vermögen des Eigentümers noch nicht geschädigt. Vergleichsweise sei folgendes Beispiel angeführt: Jemand nimmt einen wertlosen Schlüssel weg, um bei passender Gelegenheit damit einen Schrank dessen, dem auch der Schlüssel gehörte, zu öffnen und seinen wertvollen Inhalt zu entwenden. Hier liegt — ist der Diebstahl Bereicherungsdelikt — offenbar kein Diebstahl des Schlüssels vor. Der Fall beim Sparkassenbuch liegt indes doch anders. Ist ein Teilbetrag oder der ganze Betrag gegen Vorzeigung des Buches abgehoben, so hat es insoweit seine Funktion als Beweispapier verloren. In diesem Verhältnis steht aber nicht der Schlüssel zum Inhalt des Kastens, denn ist auch der Inhalt aus dem Kasten entnommen, so erfüllt der Schlüssel doch immer noch seinen Zweck, nämlich den Kasten zu verschließen und zu öffnen.

Immerhin muß man zu verschiedenen Ergebnissen kommen, je nachdem man bei der Bereicherung auf die ganz bestimmte Sache abstellt oder nicht. Im ersteren Fall wird man zur Verneinung von Diebstahl kommen und die strafrechtliche Beurteilung auf die nachfolgende Handlung, Abhebung des Geldes, beschränken müssen. Ein Ergebnis, zu dem man ja auch dann kommt, wenn man davon ausgeht, daß bei der ganzen Frage keine Sache, sondern eine Forderung Vermögensbestandteil ist, eine Forderung aber überhaupt nicht gestohlen werden kann.

Es ist nicht zu leugnen, daß dieses Ergebnis nicht ganz befriedigt; infolgedessen faßt auch Lilienthal[2]) offenbar die Bereicherung nicht zu eng auf und hält in dem erwähnten Falle des Sparkassenbuches ohne weiteres Bereicherungsabsicht für gegeben. Mit dieser

[1]) Vergl. etwa Feulner S. 29.
[2]) S. 20.

Auffassung wird man jedenfalls der wirtschaftlichen Lage besser gerecht. Ein weiterer Gesichtspunkt wäre allenfalls, zu sagen, daß mit der Wegnahme des Buches schon eine Vermögensverschiebung eingetreten ist, insofern als dem Eigentümer die Verfügungsmacht über sein Guthaben praktisch entzogen ist und dem Täter zusteht.

Aus denselben Gesichtspunkten sind Fälle der Entwendung von sonstigen Legitimationspapieren, z. B. Versicherungsscheinen, zu betrachten. Dagegen ergibt sich bei richtigen Wertpapieren, also Namenspapieren, Orderpapieren, Inhaberpapieren, sofern sie in Bereicherungsabsicht entwendet sind, ohne weiteres deshalb Diebstahl, weil sie selbst das Recht verkörpern, das Eigentum am Papier das Forderungsrecht trägt. Dasselbe gilt von den sogenannten Marken im Sinne des § 807 BGB. (Fahrkarten, Biermarken, Garderobemarken etc.), da sie in der hier maßgebenden Hinsicht den Inhaberpapieren gleichzuachten sind. Es wird also z. B. keinen Unterschied machen, ob jemand aus einer Garderobe einen Mantel stiehlt oder aber, ob er dem Theaterbesucher die Garderobemarke entwendet und sich dafür das Kleidungsstück aushändigen läßt.

Die Entwendung von sonstigen Urkunden, von Briefen und dergleichen:

Ein Gelehrter, der eine Urkunde ohne Wert entwendet, um sie seiner Sammlung einzuverleiben, handelt ohne Bereicherungsabsicht, ist also kein Dieb. Entwendet jemand einen Brief, durch den er allenfalls bloßgestellt werden könnte, so liegt kein Diebstahl vor; ebenso bei einer Urkunde, die zu irgend welchen politischen Zwecken verwendet werden soll.[1])

Nach geltendem Recht muß hier unterschieden werden: Soll der Brief nach einigen Tagen wieder zurückgegeben werden, so liegt nur furtum usus vor (das gilt natürlich auch dann, wenn der Diebstahl Bereicherungsdelikt ist). In allen übrigen Fällen aber muß Diebstahl angenommen werden, also auch dann, wenn der Täter den Brief zuhause verbrennt, es sei denn, daß die Absicht Nachteil (Entziehung als Beweismittel) zuzufügen vorliegt, also § 274 Ziff. 1 in Frage kommt. Diese letztere Vorschrift scheidet aber nach Olshausen[2]) dann aus, wenn Zueignungsabsicht vorliegt; dieser steht aber die Zerstörungsabsicht gleich, sodaß also das Verhältnis beider Delikte durchaus nicht einfach ist.

Von größerer Wichtigkeit sind indes im Rahmen dieser Abhandlung die Fälle, in denen die Urkunde weggenommen wird zur Erlangung eines Vermögensvorteiles. Dabei wird im folgenden vorausgesetzt, daß Diebstahl einer Urkunde, die nicht selbst den Wert verkörpert, überhaupt möglich ist. Will der Täter diesen Vorteil in der Weise erlangen, daß damit die Geltendmachung des

[1]) Hier wird gegebenenfalls eine Sonderstrafbestimmung eingreifen. Vergl. Entw. 27 § 334.

[2]) Olshausen 274, 6, Frank 274 I, gegen Ebermayer 274, 9, der Idealkonkurrenz für möglich hält.

Rechtes eines anderen verhindert wird und der Vorteil ihm zufließt, so ist Bereicherung begrifflich denkbar. Z. B. der gesetzliche Erbe entwendet das Testament, in dem ein anderer als Universalerbe eingesetzt ist. Nach RStGB. würde hier wohl § 274 in der Regel vorliegen. Auch nach dem Entwurf kommen hier die Bestimmungen über Urkundenunterdrückung (§ 209) und Unterdrückung von Beweismitteln (§ 194) in Frage.

Keinesfalls kann aber ein Diebstahl z. B. dann angenommen werden, wenn der Täter einen Brief entwendet, um damit gegenüber dem Eigentümer oder einem Dritten Erpressungen auszuüben.

6. Der Diebstahl in der Beurteilung des Volkes.

Dernburg sagt[1]): Der Begriff der Vergehen des Diebstahls und der Unterschlagung kann nicht allein aus den Worten des Gesetzes entnommen werden. Die historische Entwicklung, die volkstümliche Auffassung muß bei der Auslegung in das Gewicht fallen.

Legt man den einen oder anderen strittigen Fall verschiedenen Nichtjuristen zur unbefangenen Beurteilung vor, so wird sich zeigen, daß die Ansichten durchaus nicht immer gleich sind. So kommt es auch, daß bei der Frage, ob der Diebstahl ein Bereicherungsdelikt sei, bei denselben Grenzfällen sehr oft der Fall nach dem Volksbewußtsein als Diebstahl hingestellt wird, während ein anderer zu dem Ergebnis kommt, daß das Rechtsbewußtsein des Volkes diesen Fall offenbar nicht als Diebstahl behandelt.[2]) Damit kann aber nicht gesagt sein, daß ein solcher Maßstab überhaupt nicht angelegt werden darf. Ein gewisses altüberkommenes Rechtsbewußtsein kann nicht geleugnet werden, nur ist es notwendig, soll dies ein brauchbares Hilfsmittel bei Abfassung eines Gesetzes sein, daß man dabei mit größter Vorsicht und möglichster Objektivität hier nach dem richtigen forscht. Es soll daher von vorneherein nicht behauptet werden, daß das Volksbewußtsein nur den als Dieb ansieht, der in Bereicherungsabsicht handelt. Folgende Erwägungen sind indes kaum zu widerlegen: Wenn auch nach deutschem Recht nicht mehr das odium furti in seiner vollen Schwere zu behaupten ist, so ist doch der Diebstahl eine ehrlose Handlung und dies nicht so sehr wegen der Schädigung des Verletzten, sondern wegen der fast stets vorhandenen Bereicherungsabsicht des Diebes. Fehlt diese, so kann die Tat in einem völlig veränderten Licht erscheinen,[3]) sie kann der Tat ein ganz anderes psychologisches Aussehen und eine ganz andere soziale und wirtschaftliche Tragweite verleihen.[4]) Innerhalb des Diebstahls bilden sich zwei charakteristisch verschiedene Klassen,

[1]) Pandekten I § 125.

[2]) Siehe auch Aschrott-Kohlrausch S. 340.

[3]) Vergl. Staff, DJZ. 30. J. S. 840 bis 850.

[4]) Aschrott-Kohlrausch S. 340: Diese Verschiedenheit rechtfertigt jedenfalls eine andere Benennung, vielleicht auch eine andere Behandlung.

je nachdem Bereicherungsabsicht vorliegt oder nicht. Gerade diese läßt das Gefühl der Verachtung gegen die Diebe entstehen.[1]) Ist aber einmal jemand wegen Diebstahls verurteilt, so liegt ihm stets das Entehrende dieser Verurteilung zur Last, nur dies wird in der öffentlichen Meinung berücksichtigt, kein Mensch macht hier noch eine Unterscheidung, ob er wirklich in Bereicherungsabsicht gehandelt hat, die dem Diebstahl in erster Linie den entehrenden Ruf gegeben hat. Auf diese Weise kann die Volksüberzeugung zur Begründung der Forderung herangezogen werden, nur dann einen als Dieb zu verurteilen, wenn er in Bereicherungsabsicht gehandelt hat.

[1]) A. F. Berner, Lehrb. S. 553.

II. Teil.

Die historische Entwicklung des Diebstahlsbegriffes nach seiner subjektiven Seite mit besonderer Berücksichtigung der Entstehung des Gegensatzes Zueignungs- u. Bereicherungsabsicht.

1. Römisches Recht.

Auszugehen wird sein von der bekannten Legaldefinition des Paulus in Dig. 47, 2, 1, 3: furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Eine ältere Definition des furtum findet sich in den Schriften des Sabinus bei Gellius Noct. Att. 11, 18, 20: Qui alienam rem altrectavit, quum id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur . . . sive scit, cuius sit, sive nescit . . . lucri faciendi causa. Aus früheren Zeiten dagegen fehlt eine Definition, insbesondere enthalten die XII Tafeln lediglich Strafbestimmungen, aber keine Festsetzung der Erfordernisse des furtum. Während also ursprünglich der Begriff des furtum insofern ein bedeutend engerer war, als dazu lediglich die Wegnahme einer fremden Sache gerechnet wurde, wurde der Begriff des furtum allmählich erweitert[1]) zu dem Umfang der Legaldefinition, wonach als furtum anzusehen war neben der Entwendung einer fremden Sache aus dem Gewahrsam eines anderen auch das sogenannte furtum usus und furtum possessionis, ferner Fälle, die heute als Unterschlagung oder Betrug zu bezeichnen sind.

Das Willensmoment bildet zunächst der dolus malus, ohne den ein furtum nicht angenommen werden kann, im engeren Sinn der animus furandi et furtim faciendi. Darunter ist zu verstehen das Bewußtsein, daß die Sache eine fremde sei, daß man also rechtswidrig handelt, ferner, daß man invito domino handelt. Außerdem ist aber erfordert, daß der Täter animo lucri faciendi handelt, d. h. in der Absicht, sich einen Vermögensvorteil, d. h. einen Vorteil, der in Geld abschätzbar ist, von der betreffenden Sache zu verschaffen. Diese Ansicht ist allerdings nicht unbestritten. Und zwar wird behauptet, daß der animus lucri faciendi nicht das weitere Erfordernis einer gewinnsüchtigen Absicht darstelle, sondern lediglich der Gedanke des dolosen Handelns damit zum Ausdruck gebracht oder unter animus lucri faciendi die Absicht rechtswidriger Zueignung zu verstehen sei.[2]) Abgesehen davon, daß der Sprachgebrauch eine solche Erklärung von lucrum kaum rechtfertigen wird, ergibt eine Reihe von Quellenstellen, daß es sich mindestens um einen Vorteil irgendwelcher Art, wahrscheinlich aber um einen

---

[1]) Karlowa S. 778.

[2]) So Rosenberger, das furtum nach klass. röm. Recht. Vergl. auch z. B. die verschiedenen Übersetzungen von Birnbaum (Beiträge zur näheren Erörterung d. röm. Begriffs vom furtum, Arch. d. Crim. R. S. 1–26, 149–169); dagegen Wächter (Rechtslexikon S. 358).

Vermögensvorteil handeln muß. So spricht Mommsen[1]) von „Aneignung zu rechtswidriger Bereicherung des Aneignenden", wobei allerdings Bereicherung in weitem Sinne aufzufassen sei. Nach Karlowa[2]) ist der animus lucri faciendi die Absicht, sich einen Vermögensvorteil von der betreffenden Sache zu verschaffen, gleichgültig wie dieser Vorteil dann verwendet werden soll.[3]) Wesentlich erscheint, daß der animus lucri faciendi nicht erst nach Erweiterung des Begriffes des furtum in Richtung des furtum usus und possessionis auftaucht, sondern schon in der älteren Definition enthalten ist. Richtig ist allerdings, daß bei verschiedenen Quellenstellen der a. l. f. nur als bewußt widerrechtliche Aneignung ausgelegt werden kann, nämlich dann, wenn die actio furti gegeben ist, weil der Täter die Sache für sein Vermögen oder ausschließlich für sich haben wollte, z. B. Dig. 47, 2, 43, 4 oder Dig. 47, 2, 43, 7 oder Dig. 47, 2, 44, 1. Dagegen ist die bekannte Stelle Dig. 47, 2, 55, 1 zu setzen, nach der wohl kaum ein Zweifel bestehen kann, daß der a. l. f. über bloße Aneignung hinaus das Erstreben eines besonderen Vorteils umfaßt: Species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere. Daß sich die Stelle auch auf das furtum rei ipsius bezieht, beweisen die Worte: unde et is furti tenetur, qui rem amovet, ut eam alii donet. Vergl. ferner Dig. 47, 2, 1, 3. Steht damit fest, daß lucrum nicht bloße Zueignung bedeuten kann, so muß andererseits bezweifelt werden, ob ein so verschwommener Begriff, wie er als species lucri definiert wird, als charakteristisches Merkmal des Diebstahls zu betrachten ist. Vielmehr muß wohl eine vermögensrechtliche Auffassung zugrunde liegen. Hiezu führen folgende Erwägungen: Als wesentlich für die Strafbarkeit des Diebstahls ist die Vermögensbeschädigung des Bestohlenen anzusehen.[4]) Ein Zweifel in dieser Richtung dürfte nicht bestehen, da ausnahmslos solche Fälle, in denen eine Vermögensbeschädigung anderer Personen nicht eintritt, nicht als furtum bestraft werden (z. B. Paul. 2, 31, 36; 2, 31, 21 oder Dig. 47, 2, 41, 1), andererseits wird z. B. furtum angenommen bei Entwendung eines Briefes, wenn dadurch ein wirtschaftliches Interesse verletzt wird. (Dig. 47, 2, 14, 17)[5])

Für die Begriffsbestimmung des Diebstahls kann aber die Vermögensbeschädigung allein nicht genügen, eine solche liegt auch bei der Sachbeschädigung vor. Darum muß beim Diebstahl auf Seite des Täters ein Moment vorliegen, das der Vermögensbeschädigung entspricht, das ist der Vermögensvorteil, auf diesen muß die Absicht des Diebes gerichtet sein. Vergl. insbesondere Dig. 19, 5, 14, 2; 19, 5, 50, 4; 19, 5, 53, pr.; Dig. 47, 2, 22 pr. Nun be-

[1]) Röm. Strafrecht S. 741.

[2]) S. 784.

[3]) Vergl. auch Windscheid (Kipp), Lehrb. d. Pand. R. II S. 900 und Dollmann S. 13, 23.

[4]) Vergl. Mommsen S. 741.

[5]) Weitere Beispiele bei Mommsen S. 742 Anm. 3.

stätigen allerdings einige Stellen die logische Forderung, die Bereicherungsabsicht als charakteristisches Merkmal des Diebstahls anzusehen, nicht. So wird manchmal das Erfordernis des a. l. f. überhaupt nicht streng eingehalten, vielmehr begnügt man sich mit dem Bewußtsein der Widerrechtlichkeit, z. B. Dig. 47, 2, 50, 4; 6, 1, 4 pr.; 47, 2, 66, 1; 47, 2, 82, 2; Paul. 2, 31, 1, Gaius 3, 197. Nach Mommsen ist als Ausdruck desselben Moments invito domino und sogar fraudulosa scilicet: contrectatio — das übrigens nur bei Justinian vorkommt — zu betrachten. Daß a. l. f. nichts anderes ausdrücken soll, ist, wie schon oben bemerkt, nicht anzunehmen. Eine Erklärung dafür, daß er in den erwähnten Stellen nicht berücksichtigt ist, mag darin gefunden werden, daß bei der noch nicht abgeschlossenen Entwicklung von Motiv zu Absicht eine klare Vorstellung dieses Merkmals fehlte. So erklärt sich auch die Inkonsequenz in anderer Richtung, z. B. wenn furtum angenommen wird in Dig. 47, 2, 60, wo lediglich das Bewußtsein, daß das Vermögen des Herrn geschädigt wird, genügt, im übrigen nur das Motiv der Mutterliebe in Betracht kommt; oder Dig. 47, 2, 66, 2, in welchem, allerdings einzigen Fall auch zufälliger Untergang zur Annahme von furtum ausreicht. Schließlich seien noch die beiden bekannten Stellen erwähnt, deren Widerspruch wohl kaum eine befriedigende Erklärung findet. Nämlich Ulpian in Dig. 47, 2, 39, 2 und Paullus Dig, 47, 2, 83, 2. Mommsen[1]) glaubt den Unterschied darin zu sehen, daß im ersteren Fall keine Schädigung vorliegt, dagegen spricht die Stelle von Paullus in Rec. Sententiae II tit. 31, § 11: Qui meretricem libidinis causa rapuit et celavit, eum quoque furti actione teneri placuit.

Ist sonach eine absolut eindeutige Erklärung des a. l. f. nicht möglich, so überwiegen doch die Gründe, die für die Annahme von Bereicherungsabsicht sprechen.

2. Die italienischen und französischen Juristen des Mittelalters.

Zur Erlangung eines vollständigen Bildes von der Entwicklung des Diebstahlsbegriffes erscheint es notwendig, eine kurze Betrachtung den großen italienischen Juristen zu widmen, die sich um die Weiterentwicklung des römischen Rechts verdient gemacht haben. Die Definitionen lehnen sich meist an die römische Legaldefinition an.[2]) So definiert Farinacius[3]): Furtum enim aliud non est quam contrectatio rei alienae mobilis et corporalis fraudulosa, lucri faciendi causa, vel ipsius rei, vel etiam usus eius, possessionisve, invito domino facta. Fast ebenso z. B. Bonifacius.[4]) Die Mehrzahl

[1]) S. 741.

[2]) Vergl. Lilienthal ZStW. 32 S. 3.

[3]) Prosper Farinacius, Praxis et theoricae crim. Ausgabe von 1683, tom VI de furtis quaest. 165, n 5.

[4]) J. Bonifacius, 1600, »De furtis« tractatus novus et singularis. 1 § Furtum, n 1.

der damaligen Schriftsteller schließt sich nach Farinacius seiner Definition an und Bonifacius bezeichnet seine Definition als die richtige und vollständige, worin er sich mit der herrschenden Meinung in Übereinstimmung befinde. Es werden allerdings auch verschiedene andere Definitionen zitiert, bei denen das eine oder andere Merkmal, vielfach auch der animus lucrandi fehlt, so z. B. furtum esse injustam ablationem alienae rei invito domino, oder furtum esse rei alienae fraudulentam tractationem.[1]) Daraus geht hervor, daß der animus lucri faciendi als wesentliches Erfordernis für die Annahme von furtum angesehen wurde. Und zwar wurde von der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller der animus lucri faciendi im Sinne einer Bereicherungsabsicht aufgefaßt. Darauf deuten zunächst die Stellen hin, die den animus furandi zur Unterscheidung des furtum von anderen in anderer Absicht begangenen Delikten anführen, z. B. Farinacius:[2]) qui jocose furtum commisit, nec furti tenetur, si probaverit se jocose fecisse, aliter ei non creditur, etiam quod in domo amici furtum commisisset. Dazu wird bemerkt, daß der animus furandi im Zweifel vermutet wird.[3]) Auch dies kann nur so ausgelegt werden, daß eine besondere Absicht verlangt wurde. Ferner kommen in Betracht die Stellen, nach denen der a. l. f. das furtum von iniuria und damnum unterscheidet.[4]) Insbesondere der Fall, daß der Täter unreife Feldfrüchte pflückte, weil er es nicht tut, ut lucrum faciat. So Farinacius qu 174 n 11, Bonifacius n 6. Daraus ist zu schließen, daß das lucrum als wirtschaftlicher Vorteil aufgefaßt wurde; wenn darunter bloße Zueignung verstanden würde, wäre diese Stelle unverständlich, denn ohne Zweifel kann man sich unreife Früchte zueignen, aber einen wirtschaftlichen Nutzen kann man davon nicht haben. Damit stimmt auch überein, daß der Diebstahl einer geringfügigen oder wertlosen Sache nicht strafbar war. Bonifacius (n 102): Excusat etiam furtum rei minimae propter illius modicitatem. Eine große Rolle spielt auch die Selbsthilfe; so bei Farinacius n 20, 21: Nec committat furtum is, qui non valens aliter ab alieno recuperare rem propriam et suam, illi furatur aliquam rem aequivalentem. Multo magis a furti poena excusabitur, qui rem sibi debitam furatur. Vergl. dazu auch n 75, 76, ferner qu 175, n 147 ff.: Der Gläubiger, der eine ihm geschuldete oder verpfändete Sache wegnimmt, wird wegen Gewalttätigkeit, aber nicht wegen Diebstahls bestraft.[5])

Klarheit schafft in dieser Richtung besonders folgende Stelle bei Matthäus (Kap. 1): Multi inferunt, tempore arctioris annonae, si quis stimulante fame cibum alteri auferat, furtum eum non facere, quoniam non lucri faciendi causa it faciat, sed ut expleat stoma-

[1]) Farinacius n 6 und 7.

[2]) n 16, vergl. Bonifacius, Cap. »animo lucri faciendi«.

[3]) Farinacius n 17, Bonifacius n 13.

[4]) Bonifacius 10 § animo lucri faciendi n 3 und 4. Dazu Matthäus, De criminibus, Kap. 1 n 7, auch Farinacius qu 168 n 19.

[5]) Dazu Bonifacius n 28 ff.

chum latrantem. Dagegen wendet sich Mattäus: Verum horum sententia mihi non omnino propatur, quin potius inter crimen et poenam distinquendam arbitror: ut crimen committi, etiam urguente penuria fateamus, poenam tamen, propter necessitatis vim delinquenti aut remittamus aut certe mitigemus. Quis enim persuaserit homini intelligenti, lucri faciendi animum non habere eum, qui deficiente annona cibum alteri subtrahit, cum manifestum sit, ipsum illum cibum ab eo lucrifieri? Er sagt also, daß begrifflich ein furtum vorliege, das aber milder bestraft werden könne.[1])

Hervorzuheben ist, daß diese Anschauung von den französischen Schriftstellern der damaligen Zeit offenbar nicht geteilt wurde; so spricht Cujacius[2]) überhaupt nicht von animus lucri faciendi und definiert kurz: Fur est, qui dolo malo rem alienam contrectavit. Demgegenüber verlangt zwar Donellus,[3]) daß das furtum lucri faciendi gratia begangen werden muß, es genüge nicht contrectatio fraudulosa, als drittes müsse hinzukommen lucri faciendi causa.[4]) Es wäre aber wohl falsch, daraus zu schließen, daß er das lucrum als etwas anderes als das sibi habere auffaßte, im Hinblick darauf, daß er sagt[5]): Lucrum rei facere vult, qui rem intervertit, ut sibi habeat, vel dissimulans se habere vel domino petenti sciens denegans.

3. Altes deutsches Recht.

Der Diebstahl spielt im germanischen Recht eine sehr große Rolle, überaus zahlreich sind die Quellenstellen, die sich mit Fällen von Diebstahl und deren Bestrafung befassen. Aber gerade der Umstand, daß das Verbrechen offenbar ein sehr häufiges war, muß der Grund für das Fehlen jeglicher Definition sein, indem sich offenbar eine gewisse Vorstellung von der Art dieses Verbrechens allgemein festgewurzelt hatte und der Begriff als bekannt vorausgesetzt wurde. Immerhin kann heute mit ziemlicher Sicherheit ein Bild der damaligen Auffassung des Diebstahls und insbesondere auch seiner subjektiven Seite gewonnen werden, wenngleich letzteres natürlich mit größeren Schwierigkeiten verbunden ist als eine Veranschaulichung der objektiven Momente, für die die reiche Casuistik zahlreiche Anhaltspunkte bietet. Die deutschen Völkerschaften verbanden mit dem Worte Diebstahl von jeher einen viel engeren Sinn als den des römischen furtum; es bestand eine scharfe Trennung zwischen gewaltsamer Entwendung (Raub) und Entwendung ohne Gewalt (Diebstahl); außerdem aber verstand man von den verschiedenen Arten des römischen furtum nur die Sachentwendung

[1]) Vergl. § 370 Ziff. 5 RStGB.
[2]) Lib. II tit. 31, S. 140 ff.
[3]) Opera omnia etc., tom IV, lib. XV, cap. XXX.
[4]) a. a. O. n 8.
[5]) Vergl. auch Cap. 29 n 2.

als Diebstahl. Aus mittelalterlichen Rechtsbüchern ist die Stelle aus dem Sachsenspiegel II Art. 29 bekannt, wonach es sich um eine fremde, bewegliche Sache handeln muß und um wissentliche Aneignung; wesentlich ist, daß der Täter die Sache „dieblich aus des anderen Weren bringt". Dieblich bezeichnet sowohl die Art und Weise, wie der Täter die Entwendung bewerkstelligt, als auch den charakteristischen animus, der ihn dabei leitet.[1])

Der Diebstahl galt den Germanen von jeher als etwas besonders verächtliches, die Quellen zeigen, daß er mit den strengsten Strafen geahndet wurde, unter denen die Todesstrafe die Regel bildete. Der Grund dafür kann nur in den dem Diebstahl anhaftenden charakteristischen Merkmalen gefunden werden darin, daß aus der Gemeinheit der Tat auf eine gemeine Gesinnung des Täters geschlossen wurde. Dies ist aber neben der Feigheit, die sich in der Heimlichkeit der Entwendung zeigt, die Habgier und Gewinnsucht. „Die gewinnsüchtige Absicht und die Heimlichkeit, die sich mit dem Verbrechen zu verbinden pflegte, die nicht in einem trotzigen Übermut, sondern in einer niederen Gesinnung ihren Grund hatte, mußten dem Diebstahl nach germanischer Ansicht den Charakter einer besonders gehässigen Missetat geben".[2]) Diese Auffassung herrschte während des ganzen Mittelalters. Der Diebstahl machte den Täter ehrlos, nach dem Sachsenspiegel wurde der Dieb bereits durch die Tat ehrlos, nach den übrigen Rechtsbüchern durch die Verurteilung.[3])

Bemerkenswert erscheint folgende Stelle aus dem Bamberger Stadtrecht (§§ 136, 147), wo der Diebstahl zusammen mit Raub, Verräterei und Landzwang genannt wird: Allen diesen Verbrechern wird bei handhafter Tat ein handhaft von cleidern und gewante oder ander habe aufgebunden, dy besser sey, wenn 13 Pfennig. — Das deutet darauf hin, sagt His,[4]) daß in allen diesen Fällen der Verbrecher sich unrechtmäßig bereichern wollte und daß er in der Absicht, einen Vermögensvorteil zu erlangen, handelte. Diese Auffassung wird dadurch bestätigt, daß es sicher wirtschaftliche Momente waren, die zu der Verbreitung des Diebstahls beitrugen. So führt Wilda[5]) das Überhandnehmen des Diebstahls zunächst auf Entsittlichung zurück. Aber auch die Not, fährt er fort, muß das ihrige dazu beigetragen haben, teils die Entsittlichung zu fördern, teils ihr die besondere Richtung zu geben, die sich durch die Häufigkeit der bezeichneten Verbrechen aussprach.

Hingewiesen sei schließlich noch auf die Einteilung in leichteren und schwereren Diebstahl, wobei der Wert der gestohlenen Sache ausschlaggebend war.[6])

[1]) Vergl. auch III Art. 22, II 37, III 5.
[2]) Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 860, vergl. auch Dollmann S. 76.
[3]) His, Strafrecht des Mittelalters S. 57, 183; vergl. auch Harburger S. 185.
[4]) S. 149 f.
[5]) S. 73, 74.
[6]) Vergl. Wilda S. 870 ff.

4. Die Carolina und die ältere gemeinrechtliche Literatur.

Eine deutschrechtliche Definition des Diebstahls findet sich in keinem der zahlreichen Rechtsbücher des 15. und 16. Jahrhunderts. Findet sich eine Definition, so ist sie römisch-rechtlichen Ursprungs. Ebensowenig enthält das bedeutendste Gesetzgebungswerk dieser Zeit, die peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532 eine Definition des Diebstahls, das gleiche gilt von ihrer Vorgängerin, der Bamberger Halsgerichtsordnung von 1507.[1]) Die CCC. behandelt in den Artikeln 157 bis 175 den Diebstahl ziemlich ausführlich; unterschieden wird zwischen einem Diebstahl unter und über 5 Gülden. (Art. 157, 160). Als Strafe des Diebstahls wird mehrmals Wertersatz oder mehrfacher Wertersatz genannt, wenigstens in den leichteren Fällen, z. B. Art. 157 oder Art. 158. Es ist die Annahme gerechtfertigt, daß dem Verfasser der CCC. bezw. der Bambergensis der deutsch-rechtliche Diebstahlsbegriff vorschwebte, wie er ihn allgemein in der Volksauffassung verwurzelt glaubte; denn nur so konnte er die Rechtsprechung der Richter, die Schöffen waren, (vergl. Art. 4 CCC.) erwarten. Und jedenfalls war die Praxis auf Grund der Carolina hinsichtlich des Diebstahls deshalb eine rein deutsch-rechtliche.

Die strafrechtliche Literatur nach der Carolina ist von geringer Bedeutung, man hält sich meist an das römische Recht bezw. die italienischen Bearbeiter desselben.[2])

Erst das 17. Jahrhundert bringt seit Carpzow[3]) für die gemeine deutsche Strafrechtswissenschaft auf der Carolina fußend einen Aufschwung. Allerdings bringt auch Carpzow gerade beim Diebstahl die römische Definition; für das praktische Recht steht er aber auf dem Boden der Carolina. Er gebraucht zwar das Wort furtum für Diebstahl im weiteren Sinn, faßt aber als Diebstahl nur die Wegnahme einer fremden, in fremdem Besitz befindlichen Sache auf.[4]) Qu 80 trägt die Überschrift: De furti poena, ubi lucrum cessat. Erwähnt wird indes der animus lucri faciendi nur selten. Angeführt sei folgende Stelle, die dafür zu sprechen scheint, daß es auf Bereicherungsabsicht ankam: Qu 83 n 22 ff: Quicumque lucri faciendi causa arbores inscio fundi domino caesas furantur, poenae furti subjacent". Dazu qu 83 n 29: „Hat A. V. bekandt und gestanden, daß er mit seinen Gesellen Garten über die Plancken gestiegen und daselbsten viel Rosmarin halffen abschneiden, so sein Weib lothweise verkaufft". — Gerade dieser Nachsatz scheint dabei ausschlaggebend zu sein. Großes Gewicht wird auch auf die

[1]) Dieser Mangel einer Definition wird auch in der ganzen späteren gemeinrechtlichen Literatur bedauernd erwähnt; vergl. Roßhirt, Lehrb. d. Crim. Rechts, § 167: Einen Legalbegriff von Diebstahl findet man in keinem älteren deutschen Gesetz, die Carolina eingeschlossen; deshalb muß die Wissenschaft ihn besonders sorgfältig bilden.

[2]) Vergl. Dollmann S. 102.

[3]) Practica Nova etc.

[4]) Vergl. p II qu 77 n 2.

Schädigung des Bestohlenen gelegt. In qu 77 n 1 bezeichnet Carpzow den Diebstahl als delictum frequentissimum und erklärt dies damit, daß er der Gewinnsucht, der Wurzel aller Übel, entspringe.

Die späteren Kommentatoren der Carolina, Kress [1]) und I. S. F. Boehmer [2]), brachten in Bezug auf unsere Materie nichts wesentlich neues.

Die Darstellung des älteren Meister [3]) baut sich ziemlich auf römischen Beispielen auf; in ähnlichem Sinne auch I. C. Koch,[4]) der von Gewinnsucht beim Diebstahl spricht.

Quistorp [5]) definiert: Heutigen Tags besteht der Diebstahl in einer boshaften Entwendung einer beweglichen Sache und zwar wider Wissen und Willen desjenigen, der Eigentümer davon ist, in der Absicht, daraus Vorteile zu ziehen. — In ganz ähnlichem Sinne drückt sich Meister der Jüngere [6]) aus, wenn er sagt: Ablatio sine lucri animo alia intentione facta, furtum non est, veluti si nocendi tantum causa, vel juris persequendi gratia aliquid aufertur. — Während aber Quistorp Vorteil in einem sehr weiten Sinn auffaßt,[7]) ist bei ihm der Begriff des lucrum insofern wesentlich enger, als er hierunter eine Vermehrung des Vermögens oder mindestens eine Verhinderung der Verminderung desselben versteht.

Immerhin gewinnt man bei Betrachtung der älteren gemeinrechtlichen Literatur den Eindruck, daß vielfach das Motiv beim Diebstahl das Ausschlaggebende war oder daß zum mindesten die Unterscheidung zwischen Motiv und Absicht eine sehr unklare war.[8]) Von den zitierten Schriftstellern ist besonders Quistorp hiefür ein Beispiel (bes. § 346).

5. Die gemeinrechtliche Literatur des 19. Jahrhunderts.

Die bisherige Untersuchung der Entwicklung des Diebstahlsbegriffes nach seiner charakteristisch subjektiven Seite hin hat zwar ergeben, daß dieselbe durchaus keine einheitliche war und vielfach Unklarheiten auftauchten. Aber immerhin war die mindestens weitaus überwiegende Ansicht die, daß der Dieb einen besonderen Vorteil durch die Entwendung der Sache erstrebt. Eine Formulierung, die auf diejenige unseres RStGB. hingewiesen hätte, konnte bisher nicht nachgewiesen werden. Erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts zeigt sich in der Literatur oder zum mindesten

---

[1]) Commentatio succincta in Carolinam, 1721.
[2]) Observationes ad Carpzovii practicam, 1759.
[3]) Chr. F. G. Meister, Principia juris Crim. Sect II p. II Cap. XIII 7.
[4]) Insti. jur. crim. § 180.
[5]) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts § 341.
[6]) Principia jur. crim. Germ. comm. § 213.
[7]) Vergl. § 346 mit § 254.
[8]) Vergl. Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, II 1 S. 293.

einem großen Teil derselben planmäßiges Hinarbeiten auf eine Begriffsbestimmung in diesem Sinne.

Es sind hauptsächlich drei Ansichten, unter die man die verschiedenen Schriftsteller subsumieren kann: 1. Der Diebstahl erfordert die Absicht einer Vermögenserweiterung, zum mindesten aber eines besonderen Vorteils und es ist dies im Tatbestand auszudrücken. 2. Zum Diebstahl ist zwar eine gewinnsüchtige Absicht erforderlich, diese ist aber in der Formulierung „Absicht der Zueignung" enthalten und bedarf keiner weiteren Hervorhebung. 3. Die charakteristische Absicht beim Diebstahl ist die Absicht der Zueignung.

I. Feuerbach[1]): Die eigenmächtige Zueignung der fremden Sache muß in gewinnsüchtiger Absicht, das ist zu dem Zwecke geschehen, unmittelbar durch den Gebrauchs- oder Tauschwert der Sache selbst sein Vermögen (die Mittel zu sinnlichen Zwecken) zu vergrößern. Sonst handelt es sich um Selbsthilfe oder unerlaubte Beschädigung oder Injurie oder auch Betrug, wozu Feuerbach den Fall zählt, daß eine Sache nur genommen wird, um durch sie eine andere zu erlangen.[2])

In derselben Weise äußert sich auch Mittermaier in der 18. Auflage zu Feuerbachs Lehrbuch (Bem. 3 zu § 319).

Marezoll,[3]) der das 2. Kapitel seines Buches betitelt: „Von den verbrecherischen Beeinträchtigungen der Vermögensrechte", definiert in § 124: „Nach unserem gemeinen deutschen Recht macht sich des Diebstahls schuldig, wer wissentlich, widerrechtlich eine fremde bewegliche Sache wider den Willen ihres Besitzers aus dessen Gewahrsam diebisch, d. h. ohne Anwendung von Gewalt, hinwegnimmt, um sich durch die Zueignung dieser Sache einen unerlaubten Gewinn zu verschaffen.[4]) Das ist nämlich derjenige Begriff des Diebstahls, welcher schon vor der Carolina den älteren deutschen Strafgewohnheiten zugrunde lag und welchen die Carolina, freilich ohne sich bestimmter darüber zu erklären, beibehalten hat". — Genauer erklärt er den zum Diebstahl erforderlichen animus lucri faciendi als Absicht, sich durch Zuwendung des Besitzes der Sache mittelbar oder unmittelbar einen unerlaubten Vermögensvorteil zu verschaffen. Es spielte nämlich die Frage eine Rolle, ob der Vorteil schon durch unmittelbare Erlangung der Sache selbst gegeben sei oder erst durch den Verkauf der Sache (gegen Entgelt) eintrete; in dieser Beziehung bestanden hinsichtlich der

---

[1]) Lehrb. d. peinl. Rechts § 319.

[2]) Bezüglich dieses Falles, wonach Betrug vorliegt, befindet sich Feuerbach in Übereinstimmung mit den meisten anderen Juristen; anderer Meinung ist z. B. Marezoll, der diesen Fall zum Diebstahl zählt; es sei gleichgültig, ob Täter die Sache wegen ihres unmittelbaren Wertes sich zueignen will, oder ob er die Sache, die an sich keinen besonderen Geldwert hat, als Mittel zu anderen Vermögenserwerbungen benutzen will, z. B. Entwendung von Urkunden, Schuldscheinen, Testamenten etc.

[3]) Das gemeine deutsche Kriminalrecht etc.

[4]) In ähnlichem Sinn auch Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrecht S. 243

Begriffe Gewinn, Vorteil, Bereicherung vielfach Unklarheiten, die dann mit dazu beitrugen, daß solche Begriffe überhaupt abgelehnt wurden. In klarer Weise fordert auch Heffter[1]) zum Diebstahl Bereicherungsabsicht, wenn er seine Definition schließt „ . . . in der Absicht ausgeführt wird, sich durch die widerrechtliche Handlung mit der Sache selbst, ihrer Substanz nach, zu bereichern." Im selben Sinn § 496.

Roßhirt (§ 167)[2]) sagt, es sei nicht nur ein frauduloses, d. h. absichtlich heimliches Benehmen nötig, sondern auch animus lucri faciendi (wozu er in Klammern bemerkt: Absicht, Gewinn zu machen — nicht Gewinnsucht oder Habsucht), außerdem würde ein anderes Verbrechen vorliegen. Bemerkenswert erscheint die Gegenüberstellung von Absicht Gewinn zu machen und Gewinnsucht.

Nach Marezoll[3]) hebt der Umstand, daß für die fremde gestohlene Sache eine andere dem Täter selbst gehörende, von geringerem Werte, hingelegt wird, den Begriff des Diebstahls nicht auf. Damit muß wohl e contrario für den Fall, daß der Täter eine gleichwertige Sache anstelle der entwendeten zurückläßt, geschlossen werden, daß dann ein Diebstahl mangels eines Gewinnes nicht gegeben ist.

II. Es ist sehr wohl erklärlich, daß die bisher in den Definitionen zumeist üblichen Ausdrücke leicht zu Unklarheiten führen und insbesondere die Vorstellung erwecken konnten, als ob es auf die Motive des Diebes ankomme. Eine Reihe von anderen Schriftstellern bringt nun in dem Bestreben, hier Klarheit zu schaffen, gegenüber den überkommenen Formulierungen völlig neue. Das ist die zweite Gruppe, die in die Diebstahlsdefinition Ausdrücke wie Absicht der Zueignung aufnehmen; aus den Begründungen, die selbstverständlich unter sich gewisse Abweichungen zeitigen, geht aber hervor, daß damit an dem historischen Diebstahlsbegriff nichts geändert werden soll, vielmehr zeigen dieselben im allgemeinen gerade, daß man die Absicht des Diebes nicht nur auf einen beliebigen Vorteil, sondern vielmehr auf einen Vermögensvorteil begrenzt wissen wollte.

Henke[4]) definiert als notwendigen Zweck der Besitzergreifung, die fremde Sache als Eigentümer zu haben und beliebig darüber zu verfügen. Ähnlich z. B. Chr. Martin.[5]) Häberlin[6]) hält eine den Diebstahl besonders charakterisierende Absicht für nötig, die ihn besonders von Beschädigung und Zerstörung fremden Eigentums unterscheidet und bezeichnet dieselbe als Absicht zu gewinnen.

---

[1]) Lehrb. d. gem. deutschen Krim.-Rechts § 492.

[2]) a. a. O. S. 370, vergl. auch Grolmann, Grundsätze d. Krim.-Rechtswissenschaft § 181.

[3]) Anm. 3 zu § 124.

[4]) Handbuch des Krim.-Rechts etc. Teil II S. 412.

[5]) Lehrb. d. gem. Krim.-R. § 143.

[6]) Grundsätze des Krim.-Rechts etc. IV S. 6.

Gewinn ist dabei jeder Vorteil, „auch die geringste Vergrößerung der Vermögensobjekte, entweder direkte Vermögensmehrung (Wegnahme von Geld) oder Wegnahme von Waren als Ersparung von Ausgaben".

Auf eine etwas merkwürdige Art versucht Häberlin „Absicht der Zueignung" mit seiner Theorie zu vereinen, indem er meint, ein Vorteil der von ihm geschilderten Art liege schon im Besitz der Sache als Eigentum. Zueignen bedeute aber nichts anderes, als eine Sache als eigene oder als Eigentum zu haben, deswegen sei Erwähnung der gewinnsüchtigen Absicht überflüssig.[1]) Auch Henke kommt zu einem ähnlichen Resultat; er hält aber zum Diebstahl eine solche Besitzentwendung für notwendig, die, sobald sie unternommen ist, durch sich selbst schon, ohne daß eine andere Handlung dazukommen muß, den Entwender bereichert. Er wendet sich dabei gegen eine Äußerung Tittmanns, wonach auch bei Diebstahl einer fremden Sache die Bereicherung erst durch die nachfolgende Handlung, z. B. Verkauf, erfolge. Er sagt ganz richtig, daß an und für sich die Sache nicht immer verkauft werde, andererseits aber auch bei späterem Verkauf die Bereicherung schon vorher vorliege; „denn reich heißt nicht bloß derjenige, der bares Geld, sondern jeder, der wertvolle Gegenstände besitzt, für die er sicher sein kann, ein Äquivalent in barem Geld zu erhalten".[2]) Auch Martin erklärt im Anschluß an seine Auslegung des a. l. f., den er als Verlangen, über die Sache zu verfügen, auffaßt, daß darin stets der Wunsch des Entwenders, den Umfang des Seinigen zu erweitern, liege.

Es mag hier interessieren, wie das Ausscheiden des Besitzdiebstahls aus dem Diebstahlstatbestand begründet wird. So lehnt Henke[3]) die Annahme von Diebstahl ab „schon wegen der Mehrheit von Beweggründen, die der Entziehung zugrunde liegen können; . . . denn nicht immer ist die Absicht, sich widerrechtlich zu bereichern, damit verbunden".

Ganz ähnlich behandelt Tittmann[4]) die Frage, wenn er sich auch bei nur oberflächlicher Betrachtung in scharfen Gegensatz zu der überkommenen Meinung zu stellen scheint. Er definiert ebenfalls: „ . . . um sie zu gewinnen", bestreitet aber zunächst die Richtigkeit der „bisher vertretenen Ansichten", die den Charakter der diebischen Absicht durch Gewinnsucht u. dergl. bestimmen. Die Begründung dieser Ansicht zeigt aber, daß er sich im wesentlichen gegen die Berücksichtigung der Motive des Täters wendet. Die „Absicht zu gewinnen" wählt er deswegen, weil „hiedurch der Wille, die Sache als einen Überschuß über die sonst beim Erwerb nötige Aufopferung zu erlangen, bezeichnet wird und damit diese Bestimmung . . . für alle Verhältnisse paßt". Etwas unklar ist die

[1]) a. a. O. S. 8, 10.
[2]) S. 402, 412.
[3]) a. a. O. S. 400.
[4]) Handbuch d. Strafrechtswissenschaft etc. Teil III § 444, 453.

Stellungnahme Abeggs,[1]) der wohl von einer Absicht, den Gegenstand als Bereicherung seiner Mittel zu haben, spricht, aber a. l. f. und animus rem sibi habendi unterschiedslos nebeneinander stellt.

Der Fall, daß die Sache gegen Hinterlegung des Preises oder Wertes weggenommen wird, wird mangels Bereicherung nicht als Diebstahl behandelt. Tittmann spricht hier von betrügerischem Tausch oder einseitigem Kauf.[2]) Ebenso ist bei Tittmann das Nichtvorliegen eines „Überschusses" ausschlaggebend für die Behandlung der Fälle unerlaubter Selbsthilfe.[3])

III. Endlich die Gruppe von Schriftstellern, die in der Reform des Diebstahlsbegriffes am weitesten gingen, indem sie die Absicht des Diebes als Absicht der Zueignung definierten.

Vorauszuschicken ist, daß bei der Prüfung der ganzen gemeinrechtlichen Literatur nicht zu übersehen ist, daß das Hauptinteresse bei allen Abhandlungen über Diebstahl der Unterscheidung von römischem und deutschem Diebstahl galt und der Absonderung der zahlreichen zum römischen furtum zählenden Delikte vom deutschen Sachdiebstahl. Andererseits war aber die Anschauung eine ziemlich allgemeine, daß bei aller Verschiedenheit des römischen furtum und des deutschen Diebstahls das subjektive Moment das gleiche sei.[4]) Nun bestand vielfach die Meinung, der römische a. l. f. diene lediglich der Abgrenzung des furtum mit seinen zahlreichen Unterdelikten von anderen Delikten, denen eine andere Absicht zugrunde lag, und es sei nur im Hinblick auf die verschiedenen Arten des furtum von einem lucrum die Rede und nicht von einem animus rem sibi habendi; dementsprechend sei das lucrum in weitestem Sinne auszulegen und, da der deutsche Diebstahl nur Sachdiebstahl sei, sei eine engere Auslegung des lucrum im Sinne eines Gewinnes nicht veranlaßt.

In diesem Sinne etwa Wächter[5]) oder Bauer,[6]) (Absicht sich die Sache unrechtmäßig zuzueignen); alle anderen Ausdrücke führen „nur auf Nebenideen". Ähnlich auch Klein.[7])

Nach Temme[8]) besteht der a. l. f. darin, „daß der Dieb durch die Anmaßung eines Eigentumsrechtes an der entwendeten Sache sich einen unrechtmäßigen Vorteil verschaffen will". Der Dieb will das dem anderen entzogene Eigentumsrecht für sich ausüben.[9])

---

[1]) Lehrbuch § 350.

[2]) a. a. O. § 454, S. 208.

[3]) Vergl. a. a. O. III § 453; II § 321. Ähnlich das Beispiel Henkes a. a. O. S. 414.

[4]) Vergl. Roßhirt a. a. O. § 167 S. 367. Dollmann S. 105, 107.

[5]) Lehrb. d. röm. teutschen Strafr. S. 288 Bem. 63.

[6]) Lehrb. § 230, 241.

[7]) Peinl. Recht § 424. 429.

[8]) Lehre vom Diebstahl nach preuß. Recht S. 98, 99.

[9]) Nach ihm liegt also Diebstahl vor bei Wegnahme einer Sache gegen Äquivalent, S. 104.

Aus den Ausführungen Temmes geht hervor, daß es ihm wesentlich darum zu tun ist, zu beweisen, daß es nicht erst auf einen weiteren Gewinn aus der Sache (Verkauf) ankommen könne, sondern auf die in der Erwerbung der Sache gelegene Bereicherung. Anlaß hiezu boten die in der Literatur und Gesetzgebung vielfach gebrauchten Formulierungen „sich zuzueignen und daraus einen Vorteil zu ziehen", die aber in ihrer überwiegenden Mehrheit gewiß nicht in diesem fälschlichen Sinne verstanden werden wollten. In dieser Beziehung wäre also die Stellungnahme gegen „Absicht eines Vorteils, einer Bereicherung" hervorgerufen durch einen Irrtum, und eine wirkliche Meinungsverschiedenheit wäre nicht vorhanden.

Ein noch gewichtigerer Grund für die Stellungnahme der hier besprochenen Schriftsteller scheint aber in folgendem zu liegen: Man stößt sich daran, daß bei den herkömmlichen Formulierungen die Meinung entstehen müsse, nur die Fälle seien strafbarer Diebstahl, in denen der Täter seines eigenen Vorteils halber gehandelt habe, während die Fälle, in denen der Täter in irgend einer Weise zum Vorteil eines anderen eine Sache entwendet, nicht als Diebstahl bestraft werden könnten. Und zum Beweise, daß auch diese letzteren Fälle Diebstahl sind, verweist man auf das römische Recht, das hierbei allerdings keinen Zweifel läßt. Es ist zuzugeben, daß die Definitionen in dieser Richtung vielfach falsche Meinungen aufkommen ließen. Dies durfte aber nicht dazu führen, das Wesen des Diebstahls von Grund auf zu ändern und die bisherige charakteristische Absicht durch eine völlig neue zu ersetzen. Ganz abgesehen davon, daß ganz ähnliche Zweifel auch bei Formulierungen mit Zueignungsabsicht auftauchen müssen.

Nun steht aber diese Frage in ganz engem Zusammenhang mit der schon mehrfach angedeuteten Frage der Hereinziehung des Motives des Täters. Denn es war sehr naheliegend, faßte man einmal die Absicht des Diebes nurmehr als die Absicht auf, sich selber Vorteile zu verschaffen, daß man auf den Charakter des Täters schloß und zu der Auffassung, sei es bewußt oder unbewußt, gelangte, als ob es beim Diebstahl darauf ankomme, aus welchen Motiven der Täter handelt.[1])

Angeführt sei schließlich noch die Abhandlung Kliens,[2]) der in dem Abschnitt „Über die zum Diebstahl erforderliche Habsucht oder was heißt animus lucri faciendi?" der Meinung ist, der Dieb habe nur das Verlangen, die Sache um ihrer selbst willen zu haben, um über sie, als die seinige, zu seinem Vorteil zu verfügen.[3]) Für dieses Verlangen bildet er die etwas eigenartige Bezeichnung Habsucht, die in der Folgezeit häufig zu Zweifeln und Angriffen Anlaß gegeben hat. Um Kliens Begriff der Habsucht zu beleuchten,

[1]) Vergl. die Beispiele Temmes a. a. O. S. 107 und seine an diese Fälle geknüpften Betrachtungen.

[2]) Revision der Grundsätze etc. S. 290 bis 328.

[3]) a. a. O. S. 292.

sei nur ein Beispiel angeführt.[1]) Aus der zum Diebstahl erforderlichen Habsucht ergibt sich u. a. die Grenze zwischen Diebstahl und Selbsthilfe und zwar Selbsthilfe jeder Art. Z. B. jemand nimmt einem anderen eine Sache weg, die er zwar nicht für die seinige hält, aber um sich dadurch Sicherung wegen einer Forderung zu verschaffen, oder um sein daran erworbenes Recht zu verfolgen etc. Verheimlicht der Täter dies später nicht, sondern erklärt er sich bereit, die Sache für den Fall, daß er seinerseits voll befriedigt werde, zurückzugeben, so „wird niemand sagen, daß ein Diebstahl, sondern daß nur unerlaubte Selbsthilfe vorhanden sei; denn es fehlt der Wille, die Sache als Eigentum zu haben". Dagegen ist es Diebstahl, wenn jemand seinem zahlungsunfähigen Schuldner die Summe, die er zu fordern hat, wegnimmt, weil er fürchtet, im bevorstehenden Konkurse nur eine geringe Quote zu erhalten. Klien kommt auch in dem Fall der Wegnahme eines Kunstwerkes, das dem Eigentümer nicht feil ist, gegen Zurücklassung des höchsten Kaufpreises zu dem Ergebnis, daß Diebstahl vorliegt. Im einzelnen würde es zu weit führen, auf die sehr eingehenden Erörterungen Kliens einzugehen.[2])

6. Die Gesetzgebung in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts.

Die erste der an die Stelle der zahlreichen Land- und Stadtrechte tretenden großen Kodifikationen des Straf- (und Strafprozeß-) Rechts, der unter Maximilian III. von Kreittmayr verfaßte Codex Juris Bavarici Crim. v. 7. VIII. 1751 enthält in Teil I Kap. 2 § 1 folgende Bestimmung: „Ein Diebstahl wird begangen, da man aus betrüglich- und gewinnsüchtigem Gemüth, fremdbewegliches Gut, was immer es seyn mag, wider Willen des Eigentümers nimmt, vorenthaltet oder abnutzet". — Diese Fassung zeigt, schon was die Hereinziehung der Unterschlagung, Untreue etc. und des furtum usus betrifft, daß sie wesentlich von römisch-rechtlichen Grundsätzen getragen ist.[3]) Gewinnsüchtig wird definiert: „Unter dem Gewinn verstehet man nicht nur das, was uns bereichert, sondern all andern uns zugehenden immer erdenklichen Vortheil. Daher wird auch der als Dieb verfolgt, der etwas stiehlt, um es weiter zu verschenken". — Gerade dieser letzte Satz beweist, daß man nicht an Motive des Täters dachte, andererseits, daß man die Absicht der Bereicherung, unter der man offenbar eine in Geld abschätzbare Vermögenserweiterung verstand, deshalb für zu eng hielt, weil man glaubte, auf diese Weise nicht die Fälle, in denen der Täter die Absicht hat, einen anderen zu bereichern, als Diebstahl

[1]) a. a. O. S. 309.

[2]) Genauer mit Klien befaßt hat sich insbesondere Ullmann, Dolus beim Diebstahl.

[3]) Vergl. die Anmerkungen: Diese ganze Beschreibung ist auch dem röm. Rechte conform.

erfassen zu können. Die angeführten Beispiele sind zumeist dem römischen Rechte entnommen.[1])

Das zweite, wesentlich auf denselben Grundlagen beruhende Kodifikationswerk, das sehr von den Anschauungen I.S.F. Böhmers beherrscht ist, die Constitutio Criminalis Theresiana v. 31. 12. 1768, stimmt auch bei der Bestimmung des Diebstahls im wesentlichen mit der des bayerischen Gesetzes überein. Art. 94 § 1: „Ein Diebstahl wird begangen, da wer aus betrüglich- und gewinnsüchtigem Gemüth ein fremd bewegliches Gut, es sei Geld, Vieh oder Fahrnis, wie sie immer Namen haben mag, wider Willen des Eigentümers heimlich oder öffentlich nimmt und entzieht; und ist hierbei kein Unterschied zu machen, ob jemand dem besitzenden Eigentümer etwas entfremdet, oder aus einer liegenden Verlassenschaft zum Nachteil des Erben oder aus erblosen zu Unser Kammer heimgefallenen Gütern etwas hinwegstiehlt". —

Überraschenderweise enthält das an die Stelle der Theresiana tretende Josephinische Allg. Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung v. 13. 1. 1787 in seiner Diebstahlsdefinition keinen Hinweis auf das Erfordernis einer gewinnsüchtigen Absicht. § 156: „Wer fremdes bewegliches Gut dem Besitzer oder Eigentümer ohne Vorwissen und Einwilligung desselben betrüglicherweise entzieht, begeht einen Diebstahl. . . ." Es ist kaum anzunehmen, daß der Geist der Aufklärung, aus dem dieses Gesetzgebungswerk entstanden ist und womit es in seinem ganzen Aufbau in schärfsten Gegensatz zur Theresiana getreten ist, in dieser Beziehung von Einfluß gewesen wäre. Jedenfalls litt das Josephinische Gesetzbuch im allgemeinen unter mangelhaften Begriffsbestimmungen, weshalb sich auch bald die Notwendigkeit für Änderungen ergab; es kann aber dahingestellt bleiben, ob auch das Fehlen einer gewinnsüchtigen Absicht auf ein Versehen bei der Formulierung des Begriffes zurückzuführen ist, oder aber, ob es sich hierbei um Absicht handelte.

Jedenfalls enthält die im Jahre 1803 erfolgte Neufassung des Josephinischen Gesetzbuches wieder das Erfordernis einer besonderen diebischen Absicht. § 151: „Wer um seines Vorteils willen fremdes bewegliches Gut aus eines anderen Besitz ohne dessen Einwilligung entzieht, begeht einen Diebstahl". — Dieses Gesetzbuch bildet durch Vermittlung der verbesserten Auflage von 1852 die Grundlage für das geltende österreichische Strafgesetzbuch.[2])

Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794.

Es bestimmt in Teil II, Tit. 20, § 1108: „Wer um seines Gewinnes, Vorteiles und Genusses willen eine bewegliche Sache

[1]) Vergl. auch § 2 cit., wonach ein einfacher kleiner Diebstahl, welcher in Geld oder Wert nur 30 Kreuzer beträgt, nicht malefizisch, sondern nur civiliter und niedergerichtlich zu bestrafen war.

[2]) S. Teil IV.

aus dem Besitz eines anderen ohne dessen Vorbewußt oder Einwilligung entwendet, der macht sich eines Diebstahls schuldig." — Es wird demnach ausdrücklich eine besondere gewinnsüchtige Absicht gefordert, die allerdings schon im Hinblick auf die drei verschiedenen Ausdrücke sehr weit aufzufassen ist und keineswegs auf einen vermögensrechtlichen Vorteil sich beschränkt.[1]) Nach § 1112 wird im Zweifelsfall diese gewinnsüchtige Absicht vermutet. Der Diebstahlsbegriff im A.L.R. ist noch ziemlich römisch-rechtlich beeinflußt; auch furtum possessionis und Unterschlagung wird dazugerechnet.[2]) Immerhin scheint die Ausdrucksweise „um seines Gewinnes etc. willen" nicht eine bloße Übertragung des römischen animus lucri zu sein, sondern eine bewußte Anpassung an den deutschen Diebstahlsbegriff. Deutlich bringt das wirtschaftliche Moment zum Ausdruck § 1110 (II 20): „Auch derjenige begeht einen Diebstahl, der seine eigene Sache einem anderen, welchem auf deren Besitz, Genuß oder Verwahrung ein Recht zukommt, in der Absicht, mit dem Schaden desselben sich Vorteile zu verschaffen, entwendet."

7. Gesetzbücher der deutschen Einzelstaaten im 19. Jahrhundert (außer Preußen).

Naturgemäß macht sich das Bestreben einer Änderung des Diebstahlsbegriffes, das sich in der strafrechtlichen Literatur zu Beginn des 19. Jahrhunderts zeigt, auch in den um dieselbe Zeit entstehenden Strafgesetzen der einzelnen Staaten geltend. Und zwar ist das Verhältnis, in dem die beiden einander gegenüberstehenden Auffassungen in Erscheinung treten, ungefähr dasselbe wie in der Literatur.

Das erste dieser Strafgesetzbücher, das bayerische Strafgesetzbuch vom 6. V. 1813 stellt sich bereits ziemlich eindeutig auf den Standpunkt der neuen Lehre. Das mag vielleicht angesichts der durchaus gegenteiligen Lehre, die sein Verfasser Feuerbach in seinem Lehrbuch vertritt,[3]) etwas verwundern. Es bestimmt in Art. 209: „Wer wissentlich ein fremdes bewegliches Gut ohne Einwilligung des Berechtigten, jedoch ohne Gewalt an einer Person eigenmächtig in seinen Besitz nimmt, um dasselbe rechtswidrig als Eigentum zu haben, ist ein Dieb". Dazu Art. 210 Abs. 2: „Auch macht es keinen Unterschied, ob er die Sache für sich behalten oder an andere veräußern wollte, ob er den beabsichtigten Genuß wirklich gezogen hat oder nicht". — In den amtlichen Anmerkungen[4]) hiezu heißt

[1]) Temme (a. a. O. S. 104) bedauert allerdings, daß das Erfordernis einer solchen Absicht überhaupt aufgenommen ist.

[2]) Vergl. Teil II Tit. 20 § 1110, 1132, 1373, T. I Tit. 9 § 73. Vergl. auch Harburger a. a. O. S. 185.

[3]) Vergl. oben S. 40.

[4]) Vergl. Anmerkungen z. Strafges.B. Nach den Protokollen des k. Geh. Rats Bd. II S. 102.

es: „Diese Absicht entscheidet allein; auf die Absicht, sich dadurch zu bereichern oder einen Gewinn zu verschaffen, kommt es nicht an[1]) . . . Diebstahl ist es demnach, wenn die Wegnahme der Sache Zueignung zum Eigentum als Zweck hat, ohne daß es darauf ankommt, ob dieser Zweck erreicht wurde oder nicht, ob der Dieb die Sache behalten oder mit derselben eine Handlung, welche nur dem Eigentümer zusteht, vornehmen, z. B. dieselbe verschenken, verpfänden, ob er sie aus Gewinnsucht oder aus einer anderen Ursache, z. B. Liebhaberei sich zueignen wollte, oder auch um mit derselben ein Verbrechen zu begehen etc.“[2]) — Wegnahme einer Schuldurkunde, um dem Gläubiger den Beweis seiner Forderung zu entziehen, sei kein Diebstahl, dagegen dann, wenn die Schuldurkunde zwecks Zueignung der Forderung entwendet werde, liege Diebstahl vor.[3]) Indessen ergaben sich doch gewisse Schwierigkeiten, die ihren Hauptgrund wohl in der allgemein üblichen Einteilung und Bemessung der Strafen nach Wertgruppen hatten und zu Inkonsequenzen führten. So wollte man z. B. den Fall, daß eine Sache entwendet wurde zwecks Entziehung eines Sicherungsmittels, ein Siegel zwecks Anfertigung einer falschen Urkunde, Gift zur Ausübung eines Giftmordes bloß deshalb nicht als Diebstahl behandeln, weil dann die Handlung mit der Wegnahme abgeschlossen und nach dem Betrag des entwendeten Gutes zu beurteilen sei. „Weil aber dieselbe ihrem Zweck nach ein Diebstahl nicht ist, so kann sie oft als Mittel zu einem anderen Verbrechen betrachtet werden. . . .“[4]) Nach den angeführten Erläuterungen müßten aber auch diese Fälle ohne weiteres Diebstahl sein.

Mit den auf den Diebstahl bezüglichen Vorschriften des bay. StGB. von 1813 stimmen wörtlich überein die des oldenburgischen StGB. von 1814 Art. 214 ff.

Ganz ähnlich definiert auch das württembergische Strafgesetzbuch vom 1. März 1839. Art. 316 weicht von den Bestimmungen des bayerischen StGB. nur darin ab, daß er statt „rechtswidrig als Eigentum zu haben“, „um sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen“ definiert.[5]) Hufnagel[6]) meint dazu, daß zwar in den meisten Fällen die Worte „um sich rechtswidrig zuzueignen“ die diebische Absicht bezeichnen; es gebe aber auch Fälle, in denen, trotzdem jene Worte des Gesetzes zuträfen, kein Diebstahl angenommen werden könne, weil der Täter eine diebische Absicht nicht hatte. In

---

[1]) Dagegen ist zum Raub (ebenso Erpressung) habsüchtige Absicht erforderlich; Art. 233, 234. Anmerkungen S. 170.

[2]) Ein Hauptgrund für die Wahl des Ausdruckes, »um als Eigentum zu haben« scheint das Bestreben gewesen zu sein, furtum usus und possessionis vom Diebstahl zweifelsfrei auszuschließen. Vergl. Anmerkungen S. 102.

[3]) Vergl. a. a. O. S. 104.

[4]) a. a. O. S. 105.

[5]) Ebenso Art. 344 (Unterschlagung) und Art. 311 (Raub).

[6]) Hufnagel, Anmerkungen z. württembergischen StGB. S. 314.

den Motiven zum Entwurf des Gesetzbuches (S. 258)[1]) wird deutlich zwischen Absicht, sich eine Sache zuzueignen, und Absicht, sich zu bereichern, unterschieden.[2])

Es ist angebracht, in diesem Zusammenhang die von Hufnagel ausführlich behandelte Frage des Wertes der gestohlenen Sache zu streifen. Wie fast alle übrigen Strafgesetzbücher stufte auch das württembergische die Strafe nach dem Wert der gestohlenen Sache ab. Dabei empfand man es offenbar als Inkonsequenz, zum Diebstahl einerseits bloß Zueignungsabsicht zu verlangen, andererseits aber doch gewisse Mindestwerte vorauszusetzen. So führt Hufnagel folgenden Fall an[3]): Das Untergericht in Esslingen bestrafte die Entwendung eines Stückes Holz, das einen Wert von nur einem halben Kreuzer hatte, als Diebstahl, mit der Begründung, daß an jeder fremden beweglichen Sache Diebstahl verübt werden könne. Das Obertribunal verneinte Diebstahl, indem es hiezu einen Wert von wenigstens 1 Kreuzer forderte. Auch Hufnagel ist der Meinung, daß von jeher ein Wert der Sache vorausgesetzt wurde, daß also z. B. Entwendung eines Schuldscheins nicht wegen Diebstahls bestraft werden könne.

Das Kriminalgesetzbuch für Hannover vom 8. 8. 1840 fordert ebenfalls Absicht rechtswidriger Zueignung.[4]) Leonhardt[5]) meint, daß dadurch im allgemeinen größere Klarheit erreicht werde. Es entstünde kein Zweifel bei Verschenken oder Veräußern, auch die Frage, ob der beabsichtigte Gewinn erreicht wurde, worauf es nicht ankomme, könne dann nicht zweifelhaft sein. Er gibt aber zu, daß diese Klarheit bei dem gewählten Ausdruck nicht vollkommen ist; „hätte der Gesetzgeber von gewinnsüchtiger Absicht gesprochen, so wäre es unzweifelhaft, daß die Wegnahme einer Sache, um sie zu beschädigen oder zu zerstören, kein Diebstahl ist".

Eine Mittelstellung nimmt das Strafgesetzbuch für Hessen von 1841 ein, das in Art. 354 definiert: „Wer von einer fremden beweglichen Sache etc. Besitz ergreift, um dieselbe rechtswidrig zu gewinnen etc." Dazu wird in Art. 355 bemerkt, es sei gleichgültig, ob der Täter die Sache für sich behalten oder sie einem anderen, wenn auch unentgeltlich, überlassen wolle.[6]) Die Rechtsprechung legte „Gewinnen" im Sinne von „Gewinnziehen", der Erlangung eines Vorteils, aus. So hatte das Oberappellationsgericht den

---

[1]) Vergl. Hufnagel, Kommentar z. württ. StGB. II S. 304.

[2]) Hufnagel hält die Unterscheidung überhaupt für überflüssig, weil ein deutsches Strafgesetzbuch auch ohne sie Zweck und Vollendung des Diebstahls bestimmen könne. Komm. II S. 304. Vergl. auch die Besprechung der Frage »Tausch ist kein Raub«. Komm. II S. 289, 290.

[3]) Komm. II S. 965, 966.

[4]) Art. 279 (Diebstahl); ähnlich Unterschlagung und Raub, Art. 304 und 321.

[5]) Komm. II S. 300 ff. S. 310.

[6]) Ebenso Raub (Art. 344), beim Betrug (Art. 391) wird die Absicht verlangt, die Rechte eines anderen zu benachteiligen und sich oder andern einen unerlaubten Vorteil zu verschaffen.

Fall[1]) zu entscheiden, daß der Täter durch die Entwendung lediglich bezweckte, aus dem Arbeitshaus, in dem er sich bisher befand und in dem es ihm nicht behagte, ins Gefängnis zu kommen. Die Berufungsbegründung der Verteidigung machte mangelnden animus lucri faciendi geltend, wogegen das O.A.G. entschied, daß zum Diebstahl nur die Erlangung eines Vorteils, keineswegs eine wirkliche Bereicherung erforderlich sei. — Mit derselben Begründung wurde in einem anderen Fall[2]) die Berufung verworfen, die Diebstahl aus Not und mangelnde Bereicherungsabsicht geltend machte. Ähnlich bei einem Fall der Entwendung zwecks Verpfändung mit der Absicht der Wiedereinlösung und Rückgabe.[3]) Angeführt sei noch folgender Fall, der einige Jahre später (1853) zur Entscheidung lag: Das Obergericht hatte das Vorliegen einer gewinnsüchtigen Absicht verneint, da die Wegnahme nur in der Absicht geschehen war, dem anderen einen Streich zu spielen. Im gegebenen Fall hatte das Gericht daher keinen Raub, sondern nur gewalttätige Wegnahme angenommen. Dagegen ging die Beschwerdebegründung des Oberprokurators dahin: Raub habe die nämlichen Merkmale wie Diebstahl, nur daß die Vergewaltigung der Person hinzukomme.[4]) Animus lucri faciendi gehe ebenso wie beim Diebstahl nur auf Zueignung, nicht auf Bereicherung. Das O.A.G. verneint indes mangels gewinnsüchtiger Absicht einen Raub, selbst wenn der Täter die weggenommene Sache selbst verzehrt hätte.

Eine Reihe von Strafgesetzbüchern hat die Absicht auf Erlangung eines Vorteils ausdrücklich in der Definition hervorgehoben. So verlangt das Krim. Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1838[5]) in Art. 223: „ . . . Absicht sich dieselbe zuzueignen und dadurch sich oder einem anderen einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen . . .“[6]) Der Hauptgrund für die Aufnahme der Zueignungsabsicht war, das furtum possessionis vom Diebstahl auszuschließen.[7]) Der Nachsatz sollte insbesondere der Abgrenzung von der Sachbeschädigung dienen.[8])

Das Krim. Gesetzbuch für Braunschweig vom 10. 7. 1840 behandelt den Diebstaht im 2. Kap. des II. Abschnittes über „Verbrechen an dem Vermögen anderer“; § 213: „ . . . um sich dieselbe in gewinnsüchtiger Absicht zuzueignen. . . .“[9])

[1]) Entnommen der Sammlung von O. L. Heuser, Bemerkenswerte Entscheidungen d. Krim. Senates des O. A. G. Kassel IV, 178 (1849), ähnlich IV, 184.
[2]) Heuser IV, 179.
[3]) IV, 181.
[4]) Vergl. dazu das O.A.G bei Heuser I, 595.
[5]) Dieses galt seit 1841 auch für Sachsen-Altenburg, Sachsen-Weimar-Eisenach, Sachsen-Meiningen und Schwarzburg-Sondershausen.
[6]) Die Definition des Raubes (Art. 163) enthält den Nachsatz nicht.
[7]) Held-Siebdrat, Komm. S. 305.
[8]) Held-Siebdrat, S. 306, vergl. auch Egidy, Das Verbrechen des Diebstahls insbesondere nach dem thüringischen StrGB. S. 16.
[9]) Ebenso Unterschlagung (§ 220), beim Betrug (§ 224) genügt entweder Absicht der Zufügung eines Vermögensschadens oder gewinnsüchtige Absicht.

Den gleichen Ausdruck wie das sächsische Krim. Gesetzbuch gebraucht das Strafgesetzbuch für die thüringischen Staaten von 1850, wenn es in Art. 213 die Absicht „zuzueignen und damit sich oder einem anderen einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen" verlangt.[1]) Gewinn ist auch hier in weitem Sinn zu verstehen, zu weit geht aber jedenfalls Egidy, der darunter jeden Vorteil verstanden haben wissen will, der aus dem Besitz der Sache als Eigentum erwächst, und daher die Absicht zu gewinnen der Absicht als Eigentum zu haben gleichsetzt.[2]) Diese Auffassung kommt daher, daß Egidy die Formulierung des thüringischen Strafgesetzbuches überhaupt ablehnt und darin, ebenso wie in den Gesetzbüchern von Sachsen, Baden und Braunschweig, eine Tautologie erblickt.

Das Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Baden von 1845 bestimmt ebenfalls in § 376: „Wer eigenmächtig von einer fremden beweglichen . . . Sache in der Absicht Besitz ergreift, durch deren Zueignung sich oder einem Dritten einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen. . . ." Nach Thilo[3]) bedeutet Gewinn jede mittelbare oder unmittelbare Erweiterung des Kreises der Vermögensobjekte.[4]) Thilo ist zwar der Meinung, es komme auf einen Wert der Sache nicht an, gibt aber zu: „Es sind der Fälle noch viele denkbar, wo unter gleichen Voraussetzungen Entwendungen von gleichsam ganz wertlosen Sachen, deren Erwerb im allgemeinen Leben schwerlich für einen Gewinn angesehen würde, mit solchen Diebstahlsstrafen belegt werden können, die in gar keinem Verhältnis zur Verschuldung, namentlich in keinem Verhältnis zur Willensstimmung des Täters stehen."

Vor Besprechung der einschlägigen Strafgesetzgebung in Preussen, die naturgemäß von besonderer Wichtigkeit ist, seien noch die wichtigsten der späteren Partikulargesetzbücher erwähnt. Zunächst das sächsische Strafgesetzbuch vom 11. 8. 1855. Art. 272: „Des Diebstahls macht sich schuldig, wer eine fremde bewegliche Sache, die einen Schätzungswert hat, um solche sich zuzueignen und damit sich oder einem anderen einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen, aus fremder Innehabung ohne Einwilligung des Inhabers an sich nimmt (entwendet)". Neu ist also gegenüber dem Gesetzbuch von 1838, daß die Sache einen Schätzungswert haben muß. Der Anlaß hiezu war die Vorschrift, daß die Diebstahlsstrafe nach bestimmten Wertbeträgen zu bemessen war.[5]) Dafür enthielt

[1]) Ebenso Raub Art. 152; über den Unterschied der etwas anders lautenden Fassung des Art. 232, Veruntreuung, vergl. Egidy S. 15.

[2]) Egidy S. 16.

[3]) Anmerkungen z. Bad. StGB. S. 321. Vergl. auch § 400, Unterschlagung: Zueignung der Sache in der Absicht, sie dem zur Rückforderung Berechtigten ohne Ersatz zu entziehen. In ähnlicher Weise beim Raub. Vergl. Thilo S. 345 und 350.

[4]) Vergl. aus der Entstehungsgeschichte die eingehend erörterte Frage, ob die Sache einen Wert haben müsse, bei Thilo S. 322.

[5]) Vergl. Komm. von A. Siebdrat S. 219.

das Gesetzbuch im 15. Kap. („Von anderen Beeinträchtigungen fremden Eigentums") in Art. 330 eine Sonderbestimmung für Entwendungen von Sachen ohne Schätzungswert oder ohne Absicht eines unrechtmäßigen Gewinnes.[1] [2])

Das bayerische Strafgesetzbuch vom 10. 11. 1861 nimmt im wesentlichen denselben Standpunkt ein wie das Gesetzbuch von 1813, wenngleich der Wortlaut der Formulierung etwas anders ist und nunmehr die „Absicht rechtswidriger Zueignung" anstatt „als Eigentum zu haben" enthält. (Art. 271). Eine Verwechslung von Absicht und Motiv liegt vor, wenn Weis[3]) zwar richtig meint, daß für den Begriff des Diebstahls nicht die Motive des Täters maßgebend seien, aber fortfährt: Insbesondere ist nicht gefordert, daß der Täter die Absicht hatte, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Es lassen sich auch manche Fälle denken, in denen Diebstähle aus ganz anderen Motiven verübt werden, z. B. aus Rache etc.[4])

Schließlich ist noch das letzte der Partikularstrafgesetzbücher, das für Hamburg vom 30. IV. 1869 zu erwähnen, das wiederum in Art. 183 gewinnsüchtige Absicht (um sich in gewinnsüchtiger Absicht zuzueignen) fordert.[5])

8. Die Entwicklung in Preußen nach dem A.L.R.

An Stelle der Strafvorschriften des A.L.R. trat im Jahre 1851 das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. Es formuliert den Diebstahlsbegriff in § 215 folgendermaßen: „Einen Diebstahl begeht, wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen".[6]) Damit scheint, rein äußerlich wenigstens, eine Erweiterung gegenüber dem A.L.R. geschaffen zu sein. Der Entwurf von 1830 verlangt noch ausdrücklich gewinnsüchtige Absicht in Anlehnung an den Wortlaut des

[1]) Dazu rechnet Siebdrat auch die Entwendung von Schulddokumenten, a. a. O. S. 277.

[2]) Beim Raub (Art. 177) ist das Erfordernis der gewinnsüchtigen Absicht gegenüber dem Gesetzbuch von 1838 neu. Dagegen fehlt sie bei der Unterschlagung (Art. 287). Betrug Art. 284: » . . . sich oder einem anderen zum Nachteil des Getäuschten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschafft«.

[3]) Komm. S. 125.

[4]) Vergl. auch die von Weis a. a. O. behandelten Streitfragen über den Begriff der Zueignung, z. B. ob auch nur vorübergehende Aneignung dazu zu rechnen sei.

[5]) Dieses Erfordernis fehlt bei der Unterschlagung, Art. 187, bei Raub, Art. 149. Beim Betrug, Art. 189: »Um sich oder einem anderen einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen . . . und dadurch einem anderen einen Vermögensschaden zufügt. . . .«

[6]) Ebenso beim Raub § 230, bei der Unterschlagung werden verschiedene Möglichkeiten der Handlung des Täters aufgezählt, § 225. § 241 (Betrug): »Wer in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen eines anderen dadurch schädigt, daß. . . .«

A.L.R. In den Entwürfen wurde die auch in verschiedenen anderen Strafgesetzbüchern angetroffene Formulierung „sich zuzueignen . . . und dadurch sich einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen" vorgeschlagen. Dagegen führen die Entwürfe von 1843 und 1847 die schließlich in das Gesetz aufgenommene Definition. Aus den Materialien[1]) zu § 215 ist folgendes zu entnehmen: Die vorgeschlagene Weglassung des überkommenen „volkstümlich" gewordenen Begriffs der gewinnsüchtigen Absicht ließ zunächst eine Reihe von Bedenken wach werden, die sich hauptsächlich gegen die Erweiterung des Kreises der Diebstahlsverbrechen und damit gegen die Hereinziehung von Fällen richteten, die sich in Wirklichkeit nicht als Diebstähle darstellten, ferner gegen die größere Unklarheit bei der Abgrenzung von anderen Delikten. Als Gründe für die Weglassung wurden angeführt schwere Beweisbarkeit der gewinnsüchtigen Absicht, Frage der Auslegung des Begriffs „gewinnen" im engeren oder weiteren Sinn u. a. Gegenüber all diesen Bedenken entwickeln die Materialien eine Reihe von Grundsätzen, die ziemlich klare Anhaltspunkte für die Auslegung des § 215 geben. Insbesondere betonte Savigny,[1]) daß durch die Fassung des § 215 der bisherige Diebstahlsbegriff keineswegs erweitert oder geändert wurde. Vielmehr sollte nur dem Richter der Beweis der Gewinnsucht erspart werden. Dabei ging man von der Erwägung aus, daß sich bei der Entwendung einer Sache aus dem Gewahrsam eines anderen in rechtswidriger Absicht die Gewinnsucht von selbst versteht und daher nicht besonders erwähnt zu werden braucht. Damit stand scheinbar in Widerspruch, daß bei einigen anderen Vermögensdelikten, besonders beim Betrug, unterschieden wurde zwischen rechtswidriger Absicht, die in bestimmten Fällen die gewinnsüchtige Absicht einschließt, in anderen aber nur als Schädigungsabsicht zu verstehen ist. Man erklärte dies mit der immerhin verschiedenen Natur der Handlungen, die es möglich erscheinen ließ, daß einer nicht um sich zu bereichern, sondern „aus bloßer Bosheit und Schadenfreude" betrügt, dagegen hielt man es für ausgeschlossen, daß einer entwendet in der rechtswidrigen Absicht, sich die Sache zuzueignen, zugleich aber nur, um einen anderen zu schädigen.

In ganz ähnlichem Sinne äußern sich die Motive zum preussischen Strafgesetzbuch.

In den Materialien[2]) ist u. a. behandelt: Diebstahl gegenüber Selbsthilfe und Vermögensbeschädigung (= Sachbeschädigung); bezüglich der letzteren: Wer eine Sache wegnimmt, um sie zu zerstören, kann nicht die Absicht haben, sich dieselbe zuzueignen. Ferner: Wegnahme einer überaus geringfügigen Sache durch einen reichen Mann ist nicht Diebstahl. Dieser Fall zeige, wie bedenklich die absolute Verneinung des lucrum sei. Wegnahme einer Sache,

[1]) Materialien T. II (Goltdammer) zu § 215 Anm. 6 und 8 S. 464 ff.

[2]) a. a. O. S. 466.

um sie sofort herzuschenken, ist Diebstahl; in dieser Beziehung könne das Erfordernis eines Gewinnes mißverstanden werden.

Als besonderes Argument dafür, daß zum Diebstahl Gewinnsucht erforderlich sei, wurde die Bestimmung des § 349 Ziff. 3 des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten angeführt.[1]) Darin ist die Entwendung von Eßwaren etc. von unbedeutendem Wert behandelt, mit folgendem Zusatz (Fassung des Gesetzes vom 22. März 1852): „Geschieht die Entwendung unter einem der in § 218 bezeichneten erschwerenden Umstände oder in gewinnsüchtiger Absicht, so kommen die Strafen des Diebstahls zur Anwendung".[2])

Die tatsächliche Auslegung, die § 215 gefunden hat, stimmt mit der in den Materialien begründeten, zunächst wenigstens, überein. In diesem Sinne äußert sich Oppenhoff[3]): „Daher muß die Absicht der rechtswidrigen Zueignung als auf rechtswidrige Gewinnung der Sache gedacht werden, sodaß der Begriff da nicht zutrifft, wo durch die rechtswidrige Handlung zwar die Aneignung der Sache, jedoch nur gegen vollständigen Entgelt bezweckt wurde".

Das kgl. Obertribunal hat in zahlreichen Entscheidungen denselben Standpunkt inne gehabt.[4]) In einer Entscheidung vom 18. III. 1857 (Golt. Arch. V, 398) führt das Obertribunal aus: Die Absicht rechtswidriger Zueignung, die § 215 als wesentliches Merkmal des Diebstahls bezeichnet, schließt nach der Geschichte dieses § die gewinnsüchtige Absicht zugleich in sich. Fehlt die Gewinnsucht, so fehlt ein wesentliches Merkmal des Diebstahls und es kann kein Diebstahl vorliegen. Ganz ähnlich die Entscheidungen in Golt. Arch. II, 691 (1854); III, 556 und Oppenhoff, Rechtspr. 3, 201 (1863); 8, 718 (1867); 8, 25 (1867). Verschiedene Entscheidungen behandeln die Frage, ob einer als Dieb anzusehen sei, der sich durch die Wegnahme für einen erlittenen Verlust entschädigen will, und kommen mangels einer Bereicherungsabsicht regelmäßig zur Verneinung dieser Frage. Z. B. Ob.Trib. 1865 (Oppenhoff, Rechtspr. 6, 261): Die Absicht, sich für einen erlittenen Verlust zu entschädigen, ist nicht notwendig eine gewinnsüchtige. Es ist zu unterscheiden: Diebstahl liegt nur dann nicht vor, wenn es sich bei der Wegnahme um Ersatz eines Vermögenswertes handelt, den der, dessen Sache weggenommen wird, bereits aus dem Vermögen des Wegnehmenden wirklich oder doch nach der Meinung des letzteren in Händen hat. Dagegen ist es Diebstahl, wenn einer, um einen eigenen Verlust

[1]) Vergl. Hälschner, System d. preuß. Strafrechts Bd. 2 S. 442.

[2]) Vergl. Oppenhoff, StGB. für die preuß. Staaten, zu § 215 und § 349 Ziff. 3; Damit Diebstahlsstrafe eintreten kann, muß jedesmal die gewinnsüchtige Absicht nachgewiesen werden, die besonders in der Absicht der Veräußerung zum Ausdruck kommt.

[3]) Zu § 215 Anm. 38.

[4]) Die Entscheidungen sind entnommen f. d. früheren Jahre Goltdammers Arch. f. pr. St.R. Bd. 1–5, f. d. späteren Jahre d. Sammlung von Oppenhoff, Rechtspr. d. k. Obertribunals in Strafsachen, von Bd. 9 ab: Rechtspr. d. kgl. Obertribunals u. k. O. Appellationsgerichts.

zu ersetzen, ohne weiteres einen Dritten bestiehlt. — Noch weiter geht eine Entscheidung von 1868 (Oppenhoff, Rechtspr. 9, 732), die auch dann keinen Diebstahl annimmt, wenn der Täter sich durch die Aneignung der fremden Sache für einen anderweitig erlittenen Verlust Ersatz schaffen will. Die Entscheidung Oppenhoff R. 6, 261 führt weiter aus: Die Absicht der rechtswidrigen Zueignung darf sich nicht bloß auf die Form, sondern sie muß sich auch auf das Wesen der Sache erstrecken und die gewinnsüchtige Absicht setzt wesentlich das Bestreben voraus, sich durch Aneignung der fremden Sache rechtswidrig einen Vermögensvorteil zu verschaffen und den damit verbundenen Vermögenswert dem Eigentümer zu entziehen. — Durchwegs wird auch die Absicht, die Sache zugunsten eines Dritten wegzunehmen, als gewinnsüchtig angesehen.[1]) In der Entscheidung Oppenhoff R. 3, 91 (1862) ist ferner ausgesprochen, daß der Dieb beabsichtigt haben muß, sich durch die Sache ihrer Substanz nach zu bereichern. Speziell ist dabei die Entwendung von Urkunden eingehender behandelt.

In dieser Rechtsprechung trat im Jahre 1869 ein Umschwung ein und zwar ging dabei das Oberappellationsgericht voraus, dem sich bald das Obertribunal anschloß. Der Grund ist wohl, wie Lilienthal[2]) meint, in dem Einfluß zu finden, den die Vorarbeiten für das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund ausübten. So stellte zum ersten Mal das Oberappellationsgericht (für die neuen Provinzen) in der Entscheidung vom 6. Januar 1869 (Oppenhoff, Rechtspr. 10, 5) fest, daß es zum Tatbestand des Diebstahls nicht einer über die Absicht rechtswidriger Zueignung hinausgehenden gewinnsüchtigen Absicht bedarf. In der Entscheidung vom 14. II. 1869 (O. R. 10, 228) weist das O.A.G. ausdrücklich auf die gegenteilige Ansicht des Obertribunals hin. „Zum Tatbestand des Diebstahls gehört nicht die Absicht eines weiteren Gewinnes als des in der Aufnahme in den Vermögensbestand des Täters enthaltenen".

Das Obertribunal verlangte noch am 10. II. 1869 (O. R. 10, 80) gewinnsüchtige Absicht; dagegen schloß es sich in seiner Plenarentscheidung vom 3. VII. 1869 (O. R. 10, 484) unter Aufgabe der bisher stets festgehaltenen Ansicht der Auffassung des O.A.G. an. Diesen Standpunkt nehmen auch die ferneren Entscheidungen des Obertribunals ein, vergl. z. B. O. R. 10, 626 und 11, 212.

Merkwürdigerweise bringt aber der Entwurf für ein Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom Juli 1869 (I. Entwurf) in § 215 folgende Definition: „Einen Diebstahl begeht, wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen rechtswidrig in der Absicht wegnimmt, durch deren Zueignung sich oder einem anderen Gewinn zu verschaffen". — Die Motive zu diesem Entwurf weisen ausdrücklich auf die frühere preußische Praxis hin und suchen an

[1]) Vergl. Oppenh. Komm. zu § 215 Ziff. 35 und 39; Rechtspr. 4, 101; 8, 474; 10, 390.

[2]) a. a. O. S. 11.

diese anzuknüpfen; hauptsächlich deshalb, weil mit Zueignungsabsicht allein der Diebstahlsbegriff zu weit aufgefaßt werden muß.[1]) Die Bedenken gegen das Erfordernis einer gewinnsüchtigen Absicht hielt man nur insofern für gerechtfertigt, als damit die Fälle der Entwendung für einen Dritten nicht als Diebstahl bezeichnet werden könnten; deshalb wurde dieser Fall durch die Fassung „oder einem anderen Gewinn zu verschaffen" ausdrücklich berücksichtigt.

Indes fand diese Definition zahlreiche Mißbilligung. Insbesondere nahm Berner in seiner Kritik des Entwurfes[2]) ausdrücklich dagegen Stellung. So kam es, daß der revidierte Entwurf vom Dezember 1869, der zur Vorlage an den Reichstag gelangte, in § 237 auf jegliche Erwähnung einer auf Gewinn gerichteten Absicht verzichtete und die Fassung des heutigen deutschen Strafgesetzbuches brachte, die ja im wesentlichen der des preußischen Strafgesetzbuches entspricht.

Tatsächlich zeigen die Motive, daß nicht nur die äußeren Fassungen übereinstimmen, sondern daß auch die Auslegung des Zueignungsbegriffes durchaus keine andere sein soll, als sie sich aus Materialien und Motiven zum preußischen Strafgesetzbuch ergibt. So führen die Motive zu § 237 aus: „Allerdings werden die meisten Diebstähle in gewinnsüchtiger Absicht begangen, aber letztere ist deshalb kein allenthalben zutreffendes Moment. War schon gemeinrechtlich der sog. animus lucri faciendi nur deshalb als Requisit des Tatbestandes aufgestellt worden, um von dem Diebstahl den Fall zu unterscheiden, in welchem die Wegnahme nur stattfand, um die ergriffene Sache zum Nachteil des Berechtigten zu beschädigen oder zu vernichten, so hat das deutsche Recht in dem Motive des Diebes, wie es in den meisten Fällen vorkommt, nur ein Moment für die sittliche und rechtliche Würdigung des Diebstahls gefunden, ohne daß jedoch hierdurch über den rechtlichen Charakter der übrigen hierhergehörigen Fälle, in denen dieses Motiv nicht zutage tritt, entschieden wurde. . . . Die Absicht des Diebes ist zwar dahin gerichtet, die fremde Sache in sein Vermögen zu bringen und hiedurch das des anderen zu verringern. Allein es ist gleichgültig, ob das Motiv hierbei Habsucht oder Gewinnsucht gewesen, sodaß auch derjenige des Diebstahls schuldig ist, welcher lediglich im Interesse oder im Auftrag eines Dritten eine Sache entwendet oder den Erlös derselben dem letzteren zuwendet".

Der Hauptgrund für die heutige Fassung war demnach Fernhaltung der Gewinnsucht als Motiv. Auch Ullmann wendet sich in seinem 1870 erschienenen Buch „Dolus beim Diebstahl" in der Hauptsache gegen die Berücksichtigung der Motive des Täters. Immerhin hat wohl Merkel recht, wenn er meint, daß in neuerer Zeit niemand ernstlich die Triebfeder gefordert habe und man auch

[1]) Motive zu § 215 bis 222, S. 163 ff.
[2]) Kritik des Entwurfes etc. S. 65 ff.

unter Gewinnsucht wirklich meist nur die Bereicherungsabsicht verstand, wenn man sich auch vielfach nicht ganz klar darüber war.

Die uns heute hauptsächlich interessierende Frage, ob man an Bereicherungsabsicht dachte, muß nach den Motiven ohne weiteres bejaht werden. Denn wenn der Dieb die Absicht haben muß, die fremde Sache in sein Vermögen zu bringen und gerade dadurch das Vermögen des anderen zu verringern, so kann damit nur eine in Geld abschätzbare Vermögensmehrung, also eine Bereicherung verstanden werden. Diese Bereicherungsabsicht setzte man offenbar als etwas selbstverständliches voraus und glaubte, die Absicht rechtswidriger Zueignung sei ausreichend, „um auch in Zweifelsfällen dem Richter den Gedanken, von welchem der Gesetzgeber bei der Aufstellung der Diebstahlsdefinition ausgegangen, zur klaren Anschauung zu bringen".

III. Teil.

Die deutsche Strafrechtsreform.

1. Vorentwurf und Gegenentwurf.

Die mit dem Berliner Juristentag im Jahre 1902 eingeleitete Strafrechtsreform hat bisher zu fünf Entwürfen[1]) für ein Strafgesetzbuch geführt.

Der Vorentwurf von 1909 hat im wesentlichen den Diebstahlsbegriff so übernommen, wie er sich im geltenden Strafgesetzbuch findet. § 269 lautet: „Wer eine fremde bewegliche Sache aus dem Gewahrsam eines anderen wegnimmt, um sie sich rechtswidrig zuzueignen, wird. . . .“ Die Begründung des V.E. hält es für unratsam, die Bereicherungsabsicht oder die Bereicherung als Tatbestandsmerkmal zu verwerten. Zwar wird zugegeben, daß beim Diebstahl meist Bereicherungsabsicht vorliegt und daß in vielen Fällen, wo sie nicht vorliegt, der dem Diebstahl sonst anhaftende entehrende Charakter der Tat nicht oder nicht in dem gewöhnlichen Maß vorhanden ist. Trotzdem überwogen die Bedenken gegen eine derartige Änderung des Tatbestandes. Gerade die Beispiele aber, die Fälle zeigen sollen, die aus dem Diebstahlsbegriff fortfallen würden, „obwohl sie nach dem öffentlichen Rechtsbewußtsein als Diebstahl sich darstellen“, scheinen nicht überzeugend. So meint z. B. Unger,[2]) daß die Volksanschauung nur in dem einen ehrlosen Dieb sieht, der aus Gewinnsucht fremdes Eigentum verletzt. Wenn die Begründung des Entwurfes meint, derjenige, der ein wichtiges Schriftstück zwecks einem anderen schädlicher Veröffentlichung entwendet oder wer einen wertvollen Vogel fliegen läßt, wer einen wertvollen Jagdhund heimlich wegführt und auf seinem Hofe erschießt etc., sei in den Augen der Bevölkerung ein Dieb, so ist das zum mindesten zweifelhaft. Unger meint dazu: Die von der Begründung zur Rechtfertigung angeführten Fälle seien auch für den V.E. teils mangels Aneignungsabsicht oder des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit nicht als Diebstahl anzusehen, teils ließen sie sich, soweit nicht überhaupt der privatrechtliche Ersatzanspruch genüge, unter anderen strafrechtlichen Gesichtspunkten, wie Sachbeschädigung, Beleidigung, evtl. Hausfriedensbruch bringen. — Schließlich wird das soziale Moment angeführt, nämlich aus der Erwägung, daß dann, wenn der Täter die fremde Sache zwar mit Zueignungsabsicht, aber unter Zurücklassung ihres vollen Wertes, also ohne Bereicherungsabsicht, wegnimmt, die Eigenmacht des Begüterten milder angesehen werde, als die aus Armut entsprungene Verfehlung des Bedürftigen. Eine solche Erwägung kann indes gegenüber der Erfassung des Wesens des Diebstahls als eines Berei-

---

[1]) Rechnet man den nichtveröffentlichten Ministerentw. Radbruch dazu, so kann man von 6 Entwürfen sprechen.

[2]) Gutachtliche Äußerungen über den Vorentwurf etc., gefertigt vom Reichsjustizamt, zu § 269 S. 364 ff.

cherungsdeliktes nicht durchschlagen.[1]) Die Fassung des Vorentwurfs wurde verschiedentlich angegriffen, so insbesondere außer von dem bereits erwähnten Unger[2]) von Lilienthal[3]) und Mittermaier.[4]) Mittermaier unterscheidet drei Fälle: a) Wegnahme, um sich zu bereichern, b) um sich als Gläubiger bezahlt zu machen, c) um eine Sache zu erlangen, deren Wert Täter ersetzen will. Alle drei seien strafwürdig, nicht aber gleichheitlich als Diebstahl oder Unterschlagung; dazu gehöre nur der erste Fall, keinesfalls der zweite, während der dritte zwar Eigentumsangriff, aber nicht Delikt gegen das wirtschaftliche Vermögen sei. Mittermaier hält die Auffassung des V.E. für viel zu äußerlich, es sei nur einheitlich der formale Schutz des Eigentums gegen Entziehung gegeben, während tatsächlich ganz verschiedene Individualitäten vorliegen.[5]) Gegenüber den Hauptbedenken der Begründung des V.E., daß verschiedene Fälle straflos seien, werden ein oder mehrere Ergänzungstatbestände vorgeschlagen, die darauf hinauslaufen, auch die nicht in Bereicherungsabsicht erfolgende Aneignung unter Strafe zu stellen, aber klar geschieden vom Diebstahl. Mittermaier schlug in Anlehnung an den österreichischen Vorentwurf als Diebstahlsdefinition vor: „Wer eine fremde bewegliche Sache . . wegnimmt, um durch ihre Aneignung sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. . .“ Dazu als „eigenmächtige Aneignung“: „Wer sich eine fremde bewegliche Sache aneignet, ohne dadurch einen Vermögensvorteil anzustreben. . .“ Als „Vermögensbeschädigung“ durch Erweiterung des § 291 V.E.: „Wer böswillig das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er eine Sache dem Eigentümer dauernd entzieht. . . .“ Lilienthal[6]) schlägt statt dieser zwei Ersatzdelikte eines vor: „Wer ohne die Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern, eine fremde bewegliche Sache einem anderen entwendet, um ihm oder einem Dritten rechtswidrig einen Nachteil zu bereiten, wird . . . ; Verfolgung nur auf Antrag.“

---

[1]) Mit demselben oder noch viel mehr Recht könnte man etwa die Abschaffung der Geldstrafe als unsozial verlangen, weil sie es dem Begüterten erlaubt, seine Strafe ohne Beeinträchtigung seiner Freiheit und ohne daß sie ihm vielfach nur im geringsten fühlbar wird, zu zahlen, während der Mittellose eingesperrt wird. Vergl. auch Unger a. a. O. S. 269, der meint, das Volk würde solche Fälle überhaupt nicht beachten, wenn ihre Beurteilung dem Zivilrichter überlassen bliebe; erst durch die Klage werde es darauf aufmerksam gemacht und wenn dann wegen fehlenden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit freigesprochen werde, erhebe man freilich den Vorwurf der Klassenjustiz.

[2]) Vergl. auch »Recht« 14, S. 299 ff.

[3]) Z. St. W. 32, S. 23.

[4]) Aschrott-Liszt, Reform d. RStGB. S. 348 ff.: Mittermaier: Diebstahl, Unterschlagung, Entwendung.

[5]) Er weist darauf hin, daß die Begründung zur Novelle von 1909 (§ 248a) ganz allgemein anerkennt, daß unser Recht vor allen Dingen zu wenig individualisiert.

[6]) a. a. O. S. 24.

Die Bedenken gegen den Vorentwurf kamen insbesondere im sogenannten Gegenentwurf[1]) zum Ausdruck; § 297 desselben lautet: „Wer eine fremde bewegliche Sache aus dem Gewahrsam eines anderen in der Absicht wegnimmt, durch ihre Zueignung sich oder einem Dritten einen dem Recht zuwiderlaufenden Vermögensvorteil zu verschaffen, wird . . .“ Neu ist die Bestimmung des § 298 Ziff. 2, wonach Diebstahl an Sachen von besonders hohem Wert unter schwerere Strafe gestellt werden soll. Dazu in § 300 eigenmächtige Zueignung: „Wer ohne die in den §§ 297, 299[2]) bezeichnete Absicht eine fremde bewegliche Sache sich zueignet, wird . . . Verfolgung nur auf Antrag. In besonders leichten Fällen (§ 88) kann von Strafe abgesehen werden.“ — Außerdem ist aber noch in die Sachbeschädigung (§ 305) die Sachentziehung aufgenommen, sodaß § 305 lautet: „Wer eine fremde bewegliche Sache beschädigt, oder dem Eigentümer in der Absicht entzieht, ihm einen dauernden rechtswidrigen Nachteil zuzufügen, wird . . .“ — Dabei ist zu beachten, daß nicht dauernde Entziehung verlangt wird, deren Vollendung meist schwer nachweisbar wäre, sondern nur Absicht, dauernden rechtswidrigen Nachteil zuzufügen, wodurch andererseits wieder die Sachentziehung in ganz bestimmtem Sinne eingeschränkt wird.

2. Die Entwürfe von 1913 und 1919.

Der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 schließt sich indes mit einer Abweichung im Wortlaut wieder dem V.E. an. § 355 I: „Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, sie sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird . . .“ — Im Laufe der Kommissionsverhandlungen[3]) war von einem Mitglied der Antrag gestellt worden, statt der gewählten Fassung die Worte zu setzen: „ . . . um durch sie zum Nachteil des Berechtigten sich oder einem Dritten einen ungerechtfertigten Vermögensvorteil zu verschaffen“, und für die Fälle der Wegnahme ohne Bereicherungsabsicht eine besondere Strafbestimmung aufzunehmen, die ungefähr dem § 300 des Gegenentwurfes entsprochen hätte. Die eingehende Begründung des Antrages behandelte in der Hauptsache die Grenzfälle zwischen Diebstahl und Sachbeschädigung, Gleichstellung von Diebstahl und Betrug, Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte, Vorteil der Einengung

---

[1]) Gegenentwurf zum V.E. eines deutschen StGB. von Kahl, Lilienthal, Liszt Goldschmidt.

[2]) Unterschlagung, die als Zueignung einer fremden beweglichen Sache, die sich nicht im Gewahrsam eines anderen befindet, in der Absicht, sich oder einem Dritten einen dem Recht zuwiderlaufenden Vermögensvorteil zu verschaffen, definiert wird.

[3]) Protokolle der Strafrechtskommission, 1913, 169. Sitzung, erste Lesung, bes. Teil S. 16 ff., s. auch 268. Sitzung, zweite Lesung bes. Teil.

des Diebstahlstatbestandes im Hinblick auf den entehrenden Charakter des Deliktes. Der Antrag wurde aber abgelehnt.

Nach der durch den Krieg bedingten Unterbrechung der Reformarbeiten entstand auf der Grundlage des Entwurfes von 1913 der Entwurf von 1919. Die Definition des Diebstahls, § 359 I, stimmt mit der des Kommissionsentwurfes überein, unterscheidet sich also vom § 242 RStGB. nur durch die Erwähnung der Zueignung an einen Dritten. Die Begründung[1]) bringt lediglich den einen Gesichtspunkt, daß nicht anerkannt werden könne, daß das allgemeine Rechtsbewußtsein fordere, nur da von einem Dieb zu sprechen, wo Bereicherungsabsicht vorliegt. Nach der Volksanschauung sei ein Dieb, wer eine unverkäufliche Sache gegen Zurücklassung des dem Wert der Sache entsprechenden Geldbetrages wegnimmt, ebenso wie derjenige, der einen an sich wertlosen Schlüssel wegnimmt, um mit ihm von geheimen Papieren Kenntnis zu nehmen.

Ebenso wie der Kommissionsentwurf (§ 373 I, Halbs. 2) bringt der Entwurf von 1919 (§ 368) als Ergänzungsdelikt zum Diebstahl die im V.E. noch nicht enthaltene Bestimmung: „Wer in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, eine fremde Sache einem anderen dauernd entzieht, wird . . .“ Während nämlich die Begründung des V.E. denjenigen, der einen wertvollen fremden Vogel fliegen läßt, in den Augen der Bevölkerung als Dieb bezeichnet, kann nach der Denkschrift zum Entwurf von 1919[2]) derjenige, der das Gatter eines Wildparkes öffnet, sodaß die Tiere entweichen, nicht als Dieb und auch nicht wegen Unterschlagung bestraft werden. Unter die Vorschrift dieses § 368 sollen aber nur die Fälle fallen, in denen der Täter dem Berechtigten die Sache selbst entzieht (S. 298), also außer dem bereits erwähnten Fall z. B. die Versenkung eines Edelsteines ins Meer, nicht aber der Fall, daß jemand einen Schlüssel zu einem Behältnis an einem unzugänglichen Orte verbirgt, wodurch das Behältnis für den Berechtigten nicht mehr zu benutzen ist. Für solche Fälle wird vielmehr die Sachbeschädigung (§ 357) erweitert, indem abgesehen von Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache auch hienach strafbar ist, wer sie „auf andere Weise unbrauchbar macht“.[3])

3. Die Entwürfe von 1925 und 1927.

A) Diebstahl.

Der Entwurf von 1919 wurde wieder überholt durch den Ministerentwurf Radbruch, der indes nicht veröffentlicht werden konnte.[4]) Der nächste Entwurf ist der erstmalig als „Amtlicher Ent-

[1]) S. 300, 302.

[2]) S. 301.

[3]) Vergl. im übrigen unten III. Teil 3 Ba am Ende.

[4]) Offenbar hat bereits dieser Entwurf den Diebstahl als Bereicherungsdelikt definiert, vergl. Radbruch Z.St.W. 45, 417 f.

wurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches“ im Jahre 1925 bekannt gewordene und der letzte der nach den Beschlüssen des Reichsrates revidierte Entwurf von 1925, bezeichnet als „Entwurf eines Allgemeinen Deutschen StGB.“, veröffentlicht im Jahre 1927. Dieser Entwurf ist am 14. Mai 1927 dem Reichstag zugegangen, der die Vorlage an einen Sonderausschuß von 28 Mitgliedern verwies. Z. Zt. unterliegt der Entwurf noch der Beratung dieses Ausschusses.[1])

Die beiden Entwürfe zeigen in der hier zur Behandlung stehenden Materie eine von den früheren abweichende Stellungnahme. Beide behandeln den Diebstahl ebenso wie Unterschlagung, Raub, Erpressung und Betrug als Bereicherungsdelikt.[2])[3]) § 296 I des Entwurfes 1925 lautet: „Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, sich oder einen Dritten damit unrechtmäßig zu bereichern, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.“

§ 328 I des E. 1927 lautet: „Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, sich oder einen Dritten durch Zueignung der Sache unrechtmäßig zu bereichern, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft“.

Die Begründung der beiden Entwürfe[4]) geht davon aus, daß sich die Absicht der Bereicherung in der weitaus größten Zahl der Fälle zwar ohne weiteres daraus ergibt, daß der Täter die Sache wegnimmt, um sie sich rechtswidrig zuzueignen; „es ist indessen nicht notwendig, daß die Absicht der Zueignung auch die Absicht der Bereicherung in sich schließt. Wer z. B. Briefe, von denen er eine Bloßstellung fürchtet, aus fremdem Gewahrsam wegnimmt, will zwar die Briefe sich zueignen, er will sich aber nicht dadurch bereichern; ebenso fehlt es an der Bereicherungsabsicht, wenn jemand eine Sache eigenmächtig wegnimmt, dafür aber einen ihrem Wert entsprechenden Geldbetrag zurückläßt. Fälle dieser Art mußten bisher als Diebstahl bestraft werden, obwohl hier gerade das fehlt, worin für die natürliche Vorstellung das Typische eines Diebstahls liegt“. Daß diese Auffassung der neuesten Entwürfe in der Natur der Sache und historisch begründet ist, ist im Vorgehenden schon nachgewiesen.

Nun ergibt sich die Notwendigkeit, die Formulierung der Entwürfe im einzelnen zu prüfen und zu untersuchen, welche Folgerungen und evtl. Schwierigkeiten für die Praxis sich hieraus ergeben würden.

---

[1]) Vor Fertigstellung dieser Abhandlung waren mir Beschlüsse des Ausschusses zu dem hier behandelten Thema nicht zugänglich.

[2]) Vergl. z. B. Olshausen § 242 Nr. 43.

[3]) Die im Laufe der Zeit einigemale vertretene Ansicht, daß eine gesetzliche Definition des Diebstahls überhaupt überflüssig sei (so z. B. Ullmann S. 40, Berner, Kritik d. E. etc. S. 70) ist heute wohl kaum ernstlich in Erwägung zu ziehen; vergl. Harburger S. 199.

[4]) E. 25 S. 151, E. 27, S. 164.

a) Bereicherung.

Der Entwurf hat den objektiven Tatbestand des Diebstahls nicht geändert. Es ist also, was hier von Wichtigkeit ist, nicht vorausgesetzt, daß die Sache Geldwert hat. Die Begründung[1]) sagt nur: Sachen im Sinne des Entwurfs sind nur körperliche Gegenstände. Hätte der Entwurf in dieser Beziehung eine vom geltenden Recht, bei dem der Geldwert der Sache keine Rolle spielt, abweichende Regelung treffen wollen, so hätte dies in der Begründung zum Ausdruck gebracht werden müssen. Offenbar wollte man auch diese Konsequenz daraus, daß man den Diebstahl als Bereicherungsdelikt formulierte, nicht ziehen. Daher wird es nicht möglich sein, „Sache" anders als bisher auszulegen. Man hätte nämlich sehr wohl daran denken können, trotzdem der Wortlaut des Entwurfs nicht wie verschiedene ältere Gesetze von einer Sache spricht, die Geldwert haben muß, Sache in diesem Sinne zu verstehen, wenn man die Stellung des Diebstahls im Rahmen der Vermögensdelikte als Bereicherungsdelikt berücksichtigte.

Damit ergeben sich für die weitere Auslegung naturgemäß gewisse Schwierigkeiten. Erstens: Ist der Begriff Bereicherung im Entwurf so auszulegen, daß sich der Dieb mit dem Geldwert der Sache selbst bereichern will? Wobei es objektiv nicht darauf ankommt, ob die Sache wirklich Geldwert hat. Zweitens: Ist es auch Diebstahl, wenn der Täter eine Sache nimmt in der Absicht, deren wirtschaftlichen Wert (nicht notwendig Geldwert) dazu zu benützen, sich auf Kosten des Berechtigten einen Vermögensvorteil zu verschaffen? Drittens: Genügt es, daß der Täter eine Sache wegnimmt, ohne daß dadurch dem Berechtigten ein Vermögensschaden erwächst, um sich auf irgend eine Weise von Dritten damit einen Vermögensvorteil zu verschaffen?

Im ersten Fall kann ohne weiteres jedenfalls von der Absicht der Bereicherung gesprochen werden. Im zweiten Fall ist der Begriff der Bereicherung wesentlich weiter gefaßt; indes erscheint es immerhin möglich, hier noch von Bereicherung zu sprechen; denn wenn auch nicht direkt, so handelt es sich doch indirekt um einen Eingriff in fremdes Vermögen. Dieser Vermögensschaden entspricht dem (beabsichtigten) Vermögensvorteil des Täters. Im dritten Fall dagegen steht der erstrebte Vermögensvorteil in keinem Zusammenhang mit dem Vermögen des Berechtigten; hier kann eine Bereicherung begrifflich nicht angenommen werden. Der Sprachgebrauch läßt wohl hier auch noch den Ausdruck Bereicherung zu. Ein dementsprechender Bereicherungsbegriff für den Diebstahl aber hätte m. E. keinen Sinn. Es wäre hiernach derjenige, der eine wertlose Inflationsbanknote wegnimmt, deren Wertlosigkeit er kennt, und damit einen Dritten betrügt, wegen Diebstahls und Betruges zu bestrafen, also wegen zweier Bereicherungsdelikte, obwohl er sich nur einmal, nämlich durch den Betrug bereichert. Verschafft sich

[1]) E. 27 S. 164.

der Täter den Vermögensvorteil aber nicht durch eine strafbare Handlung, will er sich damit auf nicht strafbare Weise Geld verdienen, dann besteht erst recht kein Anlaß, ihn wegen eines Bereicherungsdeliktes zu bestrafen; z. B. jemand entwendet eine an sich wertlose Locke eines berühmten Künstlers und zeigt sie bei Volksfesten in einer Schaubude. Es genügt in beiden Fällen, daß der Täter wegen eines Deliktes bestraft wird, das die Entwendung, evtl. Aneignung ohne Bereicherungsabsicht unter Strafe stellt.

Die Erörterung früherer Definitionen des Diebstahls hat gezeigt, daß das Moment der Bereicherung durch die verschiedensten Bezeichnungen zum Ausdruck gebracht worden ist; außer durch Bereicherung insbesondere durch Gewinnsucht, Gewinn, Vorteil, Vermögensvorteil, Vermögensvergrößerung und dergleichen. Ein Anlaß, den im Entwurf gewählten Ausdruck zu ändern, besteht nicht; im Gegenteil bringt dieser wohl am besten den wirtschaftlichen Charakter des Deliktes, insbesondere das Verhältnis zwischen Vermögensvorteil und Vermögensschädigung zum Ausdruck.[1]) Ausdrücke wie Gewinnsucht sind schon deshalb abzulehnen, weil sie leicht zu einer Berücksichtigung des Motives verleiten könnten.[2])

b) Bereicherung durch Zueignung der Sache.

Die §§ 296 E. 25 und 328 E. 27 unterscheiden sich lediglich dadurch, daß in § 328 E. 27 ausdrücklich erwähnt ist, daß die Bereicherung durch Zueignung der Sache geschehen müsse, während in § 296 E. 25 die Hervorhebung des Erfordernisses der Zueignung fehlt. Der Grund für diese Fassung des § 328 E. 27 ist darin zu finden, daß man befürchtete, es könnten auch Fälle von furtum usus bei Formulierung bloßer Bereicherungsabsicht dieser Definition entsprechen.[3]) Tatsächlich wurde dieses Bedenken bereits von Zimmer geäußert, der meinte, daß auch der zivilrechtliche Besitz als Bereicherung anzusehen sei und infolgedessen auch ein bloß vorüber-

---

[1]) Dies gilt ebenso für die Unterschlagung und den Raub. Beim Betrug tritt »Absicht sich oder einen anderen unrechtmäßig zu bereichern« (§ 310 E. 25, 343 E. 27) anstelle von »Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen« (§ 263 RStGB.). Obwohl bei diesem das Moment des Vermögensnachteiles besonders zum Ausdruck gebracht wird, ist auch hier die Bezeichnung zweckentsprechend, insbesondere auch, weil damit das allen diesen Verbrechen zugrunde liegende Gemeinsame zum Ausdruck gebracht wird. Dasselbe gilt von der Erpressung (§ 306 bezw. 339 Entwürfe, 253 RStGB.), bei der übrigens das Moment des Vermögensnachteiles erst in den Entwürfen besonders zum Ausdruck gebracht ist.

[2]) Vergl. auch Olshausen 263, 43 über den Unterschied von Vermögensvorteil und Gewinn; ersterer Begriff ist weiter: Er umfaßt nicht bloß die Vermehrung, sondern unter der Voraussetzung, daß dadurch auch der Wert erhöht wird, die erhöhte Sicherung des vorhandenen Vermögens oder eines Vermögensteiles.

[3]) Begr. zu § 328 E. 27 S. 165. — Ein Zweifel darüber, daß furtum usus nicht Diebstahl ist und nicht sein soll, besteht heute nicht.

gehender Gebrauch dann unter die Diebstahlsstrafe fallen müsse.[1]) Mit anderer Begründung wird dieselbe Befürchtung bei Aschrott-Kohlrausch (S. 341) ausgesprochen; die Fassung des E. 25 § 296 „ . . . in der Absicht, sich . . . damit . . . zu bereichern" wird nicht gebilligt, weil das Wort „damit" nicht nur „durch Zueignung", sondern ebenso auch „durch Benutzung" bedeuten könne und folglich das furtum usus als Diebstahl strafbar wäre. Ebenso wäre die Wegnahme zwecks Verpfändung stets Diebstahl. — Diese Meinung beruht auf der bereits oben erörterten zu weiten Auffassung des Begriffes Bereicherung.

Diese Bedenken sind indes nicht so schwerwiegend, daß es einer besonderen Hervorhebung „durch Zueignung der Sache" bedürfte. Zuzugeben ist, wie der historische Überblick zeigt, daß in sehr vielen älteren Strafgesetzen, die Bereicherungsabsicht fordern, in irgend einer Weise zum Ausdruck gebracht ist, daß dabei eine Zueignung notwendig sei. — Wer sich bereichern will, kann dies indes nur, wenn er über die Sache zu seinem Vorteil verfügt. Ein Gebrauch, der in Bereicherungsabsicht geschieht, kann nicht stattfinden, ohne Zueignung des wirtschaftlichen Wertes einer Sache, der dadurch für den Eigentümer verloren geht.[2]) Wenn z. B. jemand Pferd und Wagen eines anderen nimmt, damit zu seinem Vorteil eine Fuhre macht und hernach das Gespann dem Eigentümer wieder zurückstellt, so ist er zwar um die Summe, die er etwa für Miete eines anderen Fuhrwerks spart, bereichert; darauf kann es aber gewiß nicht ankommen. In dem vorübergehenden Besitz des Fuhrwerks liegt aber keine Bereicherung, die strafrechtlich in Frage kommen kann. Die bloße Benutzung der Sache ist dann keine Zueignung, wenn dadurch der Berechtigte nicht von ihrem Werte ausgeschlossen werden soll.[3]) Dabei kann es aber nur auf die Zeit nach der Benutzung ankommen, denn während der Benutzung wird das stets der Fall sein, und ein furtum usus gäbe es dann überhaupt nicht. Genau so aber ist es, wenn Bereicherung entscheidend ist. Nach Rückgabe des Gespannes ist der Wert desselben für den Eigentümer und sein Vermögen ebensowenig aufgehoben, als umgekehrt das Vermögen des Täters in seinem Wert darum vermehrt ist.[4]) Hienach scheint die Formulierung des § 296 E. 25 ausreichend, ohne daß die Gefahr bestünde, daß hieraus mißverständliche Schlüsse gezogen werden. Damit könnte wenigstens im Tat-

[1]) a. a. O. S. 51: Bereicherungsabsicht hätte danach schon der, dessen Wille auf Besitzerlangung geht, und wer die Sache wegnahm, um sie nach einiger Zeit unversehrt zurückzugeben, müßte schon Dieb sein, — ein unhaltbares Ergebnis.

[2]) Vergl. Lilienthal a. a. O. S. 19; a. A. Aschrott-Kohlrausch S. 341.

[3]) Frank 242 VII 2.

[4]) Deshalb ist es m. E. nicht richtig, wenn bei Aschrott-Kohlrausch S. 341 die Meinung vertreten wird, daß nach § 296 E. 25 derjenige wegen Diebstahls bestraft werden müßte, der einen fremden Kahn, um den sich niemand kümmert, wegnimmt, um ihn an einem Sonntag Nachmittag zu vermieten und dann zurückzubringen.

bestand des Diebstahls der Begriff der Zueignung wegfallen.[1]) Verlangt man aber, wie dies in § 328 E. 27 geschieht, daß die Absicht auf unrechtmäßige Bereicherung durch Zueignung der Sache geschehen müsse, so begibt man sich damit einer Reihe von Vorteilen, die die Formulierung des Diebstahls als Bereicherungsdelikt bringt. Denn in allen Fällen, in denen eine Zueignung im eigentlichen Sinne des Wortes nicht stattfindet, die aber nach dem Entwurf, der nicht auf den Geldwert der Sache selbst abstellt, als Diebstahl zu behandeln wären und die heute teilweise unter sehr gezwungenen Konstruktionen als Diebstahl erklärt werden, ergeben sich dieselben Schwierigkeiten, wie heute. Man denke etwa an den Fall der Entwendung des Sparkassenbuches, das der Täter zur Abhebung eines Teilbetrages benützen und dann zurückgeben will, an die Entwendung zwecks Verpfändung und dergleichen.[2]) Hier wollte der Täter die Sache als solche sich nicht zueignen, sondern sie nur gebrauchen, aber, das ist das wesentliche, unter Ausnützung ihres wirtschaftlichen Wertes zum Nachteil des Eigentümers.[3]) Darin liegt der Unterschied zum sog. Gebrauchsdiebstahl; bei diesem ist nach Rückgabe des Gegenstandes der Wert für den Eigentümer keineswegs erloschen, er kann das zu einer Vergnügungsfahrt entwendete Auto nach Rückgabe wieder gerade so benützen;[4]) in den erwähnten Fällen dagegen ist die Sache entwertet oder aber nur mit Vermögensschaden wieder zu erlangen (Wiedereinlösung der vom Täter verpfändeten Sache).

c) Unrechtmäßigkeit der Bereicherung.

Die Bereicherung muß unrechtmäßig sein. Dieser Ausdruck ist gegenüber dem RStGB. neu, das von einer rechtswidrigen Zueignung (Diebstahl, Unterschlagung, Raub) oder einem rechtswidrigen Vermögensvorteil (Erpressung, Betrug) spricht. Rechtswidrig ist die Zueignung, die ein Angriff auf das Eigentum ist, wenn sie der im Recht getroffenen Eigentumsregelung zuwider läuft.[5]) Schwieriger ist die Erklärung der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils.

---

[1]) Dasselbe gilt für den Raub (§ 305 E. 25, 338 E. 27). Damit würde dann, abgesehen von der Unterschlagung und dem neuen Delikt des E. 27 § 334 (unberechtigte Aneignung), das unten noch zu erörtern ist, der Begriff der Zueignung überhaupt verschwinden. In § 328 und 329 E. 25, § 361, 362 E. 27 befinden sich unter Erweiterung des § 292 bezw. 296 RStGB. noch Bestimmungen über »Aneignung« einer Sache unter Verletzung eines fremden Jagd- oder Fischereirechts. Der Ausdruck »aneignet« bedeutet kaum etwas anderes als »zueignet«. Eine Einschränkung auf Bereicherung ist hier wohl nicht angezeigt.

[2]) Vergl. auch Aschrott-Kohlrausch S. 341 Anm. 2.

[3]) S. auch Zimmer a. a. O. S. 130.

[4]) Daß das nur zum Gebrauch entwendete Auto während der Fahrt aus irgend einem Grund beschädigt oder unbrauchbar wird, macht die Entwendung natürlich nicht zum Diebstahl, da ebenso wie die Absicht der Zueignung die der Bereicherung bei der Entwendung fehlte.

[5]) Ebermayer S. 726, Frank § 242 VII 2b, vergl. auch Harburger S. 210.

Dies ist nach einer Ansicht ein Vorteil, für den es an einer rechtlichen Grundlage fehlt, auf den kein Recht besteht.[1]) Dagegen wird von anderer Seite die Auffassung vertreten, daß die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteiles nur dann gegeben sei, wenn der Vermögensvorteil mit dem objektiven Recht, insbesondere dem Privatrecht im Widerspruch steht.[2]) Ein Vermögensvorteil kann niemals in demselben Sinne rechtswidrig sein, wie eine Handlung, beim Diebstahl also etwa wie die Wegnahme der Sache. Bezeichnet man diese als rechtswidrig, so heißt das soviel, als daß die Handlung verboten ist; einen verbotenen Vermögensvorteil gibt es nicht.[3]) Der Vermögensvorteil wird um deswillen rechtswidrig, weil die in das fremde Vermögen eingreifende Handlung rechtswidrig ist (objektive Rechtswidrigkeit); denn gerade dadurch und in demselben Maße, als das Vermögen des Verletzten geschädigt wird, erlangt das Vermögen des Täters Vorteil oder wird bereichert. Es fragt sich daher, ob nicht eine Bezeichnung, die die Rechtswidrigkeit der Bereicherung zum Ausdruck bringt, überhaupt entbehrlich wäre. Einer besonderen Bezeichnung der objektiven Rechtswidrigkeit bedarf es nicht, denn daß die Wegnahme der fremden Sache dem Recht zuwider laufen muß, ergibt sich aus allgemein strafrechtlichen Erwägungen.[4]) Damit ist aber nicht ohne weiteres klar, daß die Absicht des Täters die Unrechtmäßigkeit der Bereicherung umfassen muß und zwar gleichmäßig bei allen Bereicherungsdelikten. Dies muß also besonders hervorgehoben werden und der allenfallsige Einwand, daß sonst im Strafgesetzbuch oder in den Entwürfen das Erfordernis der Rechtswidrigkeit nicht eigens erwähnt ist, ist nicht durchschlagend.[5]) Aus den dargelegten Gründen war es indes zweckmäßig, nicht von der Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern, zu sprechen, sondern eine Bezeichnung zu wählen, die den obigen Erwägungen mehr gerecht wird. Dies ist damit, daß die Absicht auf unrechtmäßige Bereicherung gehen muß, geschehen.[6])

d) Vorsatz und Absicht.

Der Entwurf 27[7]) enthält in Übereinstimmung mit den Entwürfen von 1913 und 1919 eine Definition des Vorsatzes, § 17 I:

[1]) So h. M., insbesondere auch Rechtspr. des RG., Ebermayer S. 819, besonders S. 770 f.

[2]) So z. B. Merkel S. 731, Frank § 253 IV, vergl. auch Hegler in J. W. 1925 S. 1502.

[3]) Vergl. Frank, Vergl. Darst. VI 2 S. 93.

[4]) Vergl. z. B. § 20 E. 25, § 23 E. 27.

[5]) Vergl. Prot. d. Str.R.K. 1913 2. Les. Bes. T. 268. Sitzung.

[6]) Ob es zweckmäßig gewesen wäre, den zivilrechtlichen Ausdruck »ungerechtfertigt« zu wählen, kann dahingestellt bleiben.

[7]) Nicht dagegen E. 25. Ob es zweckmäßig ist, die Begriffe Vorsatz und Absicht zu definieren (so Ebermayer, Leipzig. Z. 25 S. 173) oder nicht (so Aschrott-Kohlrausch S. 52), kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht erörtert werden.

„Vorsätzlich handelt, wer den Tatbestand der strafbaren Handlung mit Wissen und Willen verwirklicht oder dessen Verwirklichung zwar nur für möglich hält, jedoch für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist.“ [1]) — Die Begründung führt hiezu aus, daß nur vorgestellte Folgen gewollt sein können, daß es aber nicht genügt, wenn sich der Täter die den Tatbestand erfüllenden Folgen und anderen Umstände seiner Tat bloß vorstellt, sondern daß er auch den Willen haben muß, unter diesen Umständen den zum Tatbestand gehörigen Erfolg herbeizuführen. Es würde zu weit führen, in eine Behandlung der verschiedenen Theorien des Vorsatzes [2]) einzutreten, zumal man sagen kann, daß durch diese Definition der Versuch eines Ausgleiches zwischen Willens- und Vorstellungstheorie gemacht wird. Übrigens hat bereits Frank [3]) darauf hingewiesen, daß die Vorstellung nicht Vorsatz ist, aber den Willen zu einem vorsätzlichen und, wenn er frei ist, zu einem schuldhaften macht; und daß infolgedessen ein sachlicher Gegensatz zwischen beiden Haupttheorien nicht mehr besteht.

Außerdem definiert der E. 27 auch die Absicht, § 18 II: Absichtlich handelt der Täter, wenn es ihm darauf ankommt, den im Gesetz bezeichneten Erfolg herbeizuführen.[4]) — Absicht ist, wie die Begründung (S. 18) hiezu bemerkt, eine gesteigerte Form des direkten Vorsatzes und erfaßt die Fälle, in denen der Täter den betreffenden Erfolg um seiner selbst willen oder als Mittel zu anderen Zwecken erstrebt. Sachlich stimmt diese Definition überein mit den Definitionen in E. 13 (§ 18 II) und E. 19 (§ 13 II).[5]) Damit ist zunächst die im RStGB. nicht geregelte und strittige Frage jedenfalls insoweit gelöst, als feststeht, was der Entwurf unter Absicht verstanden wissen will.[6]) Ebensowenig, wie sich hienach Vorsatz und Absicht decken, ebensowenig bedeutet Absicht andererseits Endzweck. Sachlich kommt die Stellungnahme des Entwurfs der

[1]) E. 13 § 17, E. 19 § 11. Geg. E. § 20 I: Vorsätzlich handelt, wer sich durch die Vorstellung der zum gesetzlichen Tatbestand der strafbaren Handlung gehörigen Tatumstände nicht von ihrer Begehung abhalten läßt. Wer das Vorhandensein der zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstände nur für möglich hält, handelt vorsätzlich, wenn ihn auch die Vorstellung ihres sicheren Vorhandenseins nicht von der Begehung abgehalten hätte.

[2]) Vergl. z. B. Ebermayer, allg. Einl. S. 33.

[3]) § 59 I.

[4]) Im einzelnen kann man allerdings gegen eine solche Fassung Bedenken haben; so weist z. B. Köhler, Studien z. V. E. etc. S. 22 auf folgendes hin: Liegt Absicht nur dann vor, wenn der Täter handelt, um einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, dann steht Absicht gleich dem erstrebten Erfolg; es gibt aber Fälle, in denen jemand einen Erfolg nicht nur als möglich in Kauf nimmt, sondern direkt will und als unvermeidlich voraussieht, aber durchaus nicht handelt, um diesen Erfolg herbeizuführen.

[5]) Etwas anders lautet die Definition des Geg. E. § 21: Absicht liegt vor, wenn die Vorstellung eines im Gesetz bestimmten Erfolges Beweggrund der Begehung der Handlung ist.

[6]) Vergl. auch Weber, Zu den Begriffen »absichtlich« etc. des Entwurfs zu einem allgemeinen d. StGB. Leipzig. Z. 26, 297.

bisher von Liszt, Frank u. a. vertretenen Auffassung nahe, daß Absicht die Vorstellung eines Erfolges sei, die den Täter zu der Handlung bestimmt, die den Beweggrund zum Handeln abgab.[1])

Hienach muß der Vorsatz des Diebes folgende Merkmale umfassen:

I. Die Wegnahme der Sache erfolgt aus fremdem Gewahrsam und aus fremdem Eigentum. Das Vermögen des Berechtigten wird geschädigt in dem Maße, als der Vermögensvorteil erstrebt ist. Daß der Vorsatz des Diebes auch auf diesen letzteren Punkt gerichtet sein muß, kann bei der Natur des Diebstahls als eines Vermögens- und Bereicherungsdeliktes nicht zweifelhaft sein. Denn wer die Absicht hat, sich auf Kosten des Berechtigten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, sich zu bereichern, muß notwendig die Vorstellung des eintretenden Vermögensschadens haben und der Vorstellung dieses Erfolges entsprechend seinen Willen bei Ausführung der Handlung betätigen.

Nun ist der Fall denkbar, daß jemand gegen Diebstahl, etwa Einbruchsdiebstahl, versichert ist und für gestohlene Sachen vollen Ersatz von der Versicherungsgesellschaft bekommt; der Täter weiß dies. Geht deswegen sein Vorsatz (zum mindesten Eventualvorsatz) nicht auf Vermögensschädigung und ist er kein Dieb? Die Begründung dafür, daß der Täter trotzdem ein Dieb ist, dürfte nicht darin zu erblicken sein, daß sein Vorsatz dann etwa auf Schädigung der Versicherungsgesellschaft ginge — dies kann nicht entscheidend sein —, sondern darin, daß auch in diesem Fall ein Vermögensschaden des Bestohlenen vorliegt; die Zahlung der Versicherungssumme läßt die tatsächlich vor sich gegangene Vermögensverschiebung zwischen dem Vermögen des Bestohlenen und dem des Täters unberührt und kann als ein außerhalb der Tat stehendes Ereignis nicht damit in Zusammenhang gebracht werden.[2])

Andererseits ginge es zu weit und kann auch aus dem Wortlaut des § 328 E. 27 nicht gefolgert werden, daß der Dieb die Absicht der Schädigung haben müsse; der Umstand, daß bei Bereicherung dem Vermögensvorteil ein Vermögensschaden entsprechen muß, zwingt keineswegs zu dem Schluß, daß bei Absicht der Bereicherung die Absicht auch auf den Schaden des anderen gehen muß. Bei Vorliegen der Bereicherungsabsicht wird vielmehr im Regelfall, dem Wesen des Diebstahls entsprechend, keine Schädigungsabsicht vorliegen. Immerhin ist denkbar, daß beide nebeneinander gegeben sind.

II. Der Vorsatz des Täters muß weiterhin umfassen die Absicht, sich oder einen Dritten mit der Sache unrechtmäßig zu bereichern. Kam es also dem Täter bei der Wegnahme nicht auf

[1]) Vergl. z. B. Olshausen 263, 49; Frank 59 VI.

[2]) Anders in dem Beispiel Harburgers S. 219, daß sich der Verletzte im Besitz eines dem Täter gehörigen gleich- oder höherwertigen Gegenstandes befindet.

einen Vermögensvorteil an, sondern verfolgte er einen anderen Zweck, so liegt ein Diebstahl nicht vor, auch dann nicht, wenn er tatsächlich bereichert wird. — Jemand nimmt vor einem Gastmahl vom gedeckten Tisch eine Schale mit seltenen Früchten weg, um den Gastgeber in Verlegenheit zu bringen. Wenn es ihm später in den Sinn kommt, die Früchte zu verzehren oder zu verkaufen und er tut dies, so liegt trotzdem kein Diebstahl vor.[1]) Folgender Fall war vor einiger Zeit in der Presse zu lesen: Einer Frau wurde von einer Wahrsagerin ein schweres Unglück prophezeit; sie könne sich davor nur dadurch schützen, daß sie von einem fremden Grab auf einem Friedhof einige Blumen wegnehme und diese in einer näher beschriebenen Weise verwende. Die Frau tat dies und wurde wegen Diebstahls verurteilt. Hier liegt keine Bereicherungsabsicht und mithin kein Diebstahl vor; der Frau kam es keineswegs darauf an, etwa durch diese rechtswidrige Handlung die Ausgabe für den Kauf von Blumen zu sparen, sie hätte vielleicht im Gegenteil sehr gern noch mehr gezahlt, wenn sie damit das ihr von der Wahrsagerin angegebene Mittel hätte ersetzen können.

Wenn Zürcher[2]) meint, daß mangels Bereicherungsabsicht das Pflücken von Blumen auf einer Wiese[3]) aus Freude an ihnen kein Diebstahl sei, dagegen der ein Dieb sei, der Rosen im Garten des Gärtners abschneidet, um sie zu verkaufen, so ist letzteres gewiß richtig; der erste Fall aber, sofern man nur auf die Frage der Bereicherungsabsicht abstellt, wäre sehr wohl auch als Diebstahl denkbar, nämlich dann, wenn der Blumenfreund die Absicht hatte, sich Blumen zu kaufen, aber die Gelegenheit benutzt, sich kostenlos einen Strauß zu verschaffen. In diesem Falle wäre neben der Absicht, sich einen ästhetischen Genuß zu verschaffen, die Absicht, sich durch Ersparung einer Ausgabe zu bereichern.[4])

e) Absicht . . . oder einen Dritten . . . unrechtmäßig zu bereichern.

Gleichgültig ist, ob der Dieb sich selbst oder einen Dritten mit der gestohlenen Sache bereichern will. Auch der letztere Fall ist wirklicher Diebstahl, nicht etwa nur eine notwendige Konsequenz aus der Formulierung, daß Diebstahl nur dann vorliegt, wenn der Täter die Absicht hat, sich selbst zu bereichern; denn käme es nur auf die Absicht des Täters an, sich selbst zu bereichern, dann bräuchte nur jemand, der eine bestimmte Sache gern haben möchte, einen anderen zu beauftragen, sie für ihn wegzunehmen, und keiner könnte dann wegen Diebstahls bestraft werden. Der

[1]) Welches andere Delikt hier gegeben ist, etwa § 337 E. 27, und in welchem Verhältnis dieses allenfalls zur Unterschlagung steht, wird unten noch zu erörtern sein.

[2]) Erläuterungen zum V. E. d. schweiz. StGB. S. 145.

[3]) Von Feldpolizeivorschriften etc. sei hier abgesehen.

[4]) Vergl. auch z. B. Frank § 59 VI und die dort gebrachten Beispiele.

eine nicht, weil er nicht die Absicht hat, sich zu bereichern, der andere nicht, weil er nicht weggenommen hat, und auch mangels einer Haupttat Anstiftung nicht denkbar ist. Aber auch abgesehen von diesen praktischen Folgerungen kann auf Grund der historischen Entwicklung kein Zweifel sein, daß die Absicht, einen Dritten zu bereichern, der Absicht der eigenen Bereicherung gleichsteht. Maßgebend ist nicht die Habgier des Täters, diese wäre vielfach wenigstens bei unentgeltlicher Weitergabe an einen Dritten nicht gegeben, sondern die Absicht, zum Schaden eines anderen einen Vermögensvorteil zu erlangen; dabei kann begrifflich kein Unterschied sein, ob der Vorteil dem Täter selbst oder einem anderen erwächst.

Der § 242 RStGB. bringt seinem Wortlaut nach nicht zum Ausdruck, daß die Absicht der Weitergabe an einen Dritten der Absicht sich zuzueignen gleichsteht. Die Frage wird indes gewöhnlich bejaht[1]) mit der Begründung, daß die Absicht der Zuwendung an einen Dritten nur ein Ausfluß vorausgegangener eigener Zueignungsabsicht sei; der Täter habe im Augenblick der Wegnahme immer die Absicht, sich die Sache selbst zuzueignen und für die Feststellung der Zueignungsabsicht komme es nicht darauf an, welchen Endzweck der Täter mit der weggenommenen Sache verfolge, der Täter gewinne auch bei unentgeltlicher Weitergabe dadurch einen Wert, daß er über die Sache verfügen kann. Infolgedessen glaubte man auch auf eine Betonung des „Dritten" bei der Zueignungsabsicht verzichten zu können.[2]) Erscheint diese Konstruktion schon für Zueignungsabsicht ziemlich gezwungen, so war es umsomehr bei Bereicherungsabsicht zweckmäßig, die Absicht der Bereicherung eines Dritten besonders aufzuführen. Gewiß kommt es beim Diebstahl nicht auf den Endzweck des Täters an; es ließe sich auch der Fall denken, daß jemand ein Geburtstagsgeschenk für einen Freund braucht und, um Ausgaben dafür zu sparen, irgendwo einen passenden Gegenstand entwendet, in der Absicht, ihn dem Freund zu schenken. Hier ist der Täter selber bereichert und man braucht nicht auf die Absicht der Bereicherung des Freundes zurückzugreifen; denn in diesem Fall kam es dem Täter als Endzweck zwar auf Bereicherung des Freundes an, ebensosehr aber auf Ersparung eigener Ausgaben. Indes liegen die Fälle der beabsichtigten Weitergabe an Dritte nicht immer so, weshalb die besondere Hervorhebung dieses Umstandes im Entwurf keineswegs als überflüssig bezeichnet werden kann.[3])

Daß die Absicht des Täters, die Sache gegen Entgelt weiterzugeben, zu verkaufen, zu vertauschen etc. Absicht ist, sich zu be-

[1]) Olshausen § 242 Anm. 27, 28, Frank § 242 S. 498. RG. 40, 12; 57, 199. A. A. Binding Lehrb. I § 70 IId, Ebermayer § 242 S. 726.

[2]) Vergl. z. B. Protokolle 1913, 169. Sitzung, 1. L. Bes. T. S. 23.

[3]) Warum übrigens im Wortlaut der §§ 328 (Diebstahl), 333 (Unterschlagung), 338 (Raub) die Wendung »sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern« gebraucht ist, in dem der §§ 339 (Erpressung) und 343 (Betrug) »sich oder einen anderen unrechtmäßig zu bereichern« ist nicht einzusehen und sachlich kaum zu begründen.

reichern, bedarf keiner weiteren Erörterung. Gerade die Mehrzahl der Diebe hat es auf eine Veräußerung der gestohlenen Sache abgesehen.

B) Entwendung ohne Bereicherungsabsicht.

Eines der schwierigsten Probleme sah man von jeher darin, einen hinreichenden Strafschutz in den Fällen zu gewährleisten, die bei Formulierung des Diebstahls als Bereicherungsdelikt nicht mehr unter dieses Strafgesetz fallen, bei denen also eine Entwendung ohne Bereicherungsabsicht vorliegt. Hierin glaubte man auch, wie die Reformgeschichte lehrt, ein Hauptbedenken gegen die durch Bereicherungsabsicht bedingte Einengung des Diebstahlstatbestandes feststellen zu müssen. Gerade diese Fälle aber sind, wie gezeigt worden ist, auch bei Zueignungsabsicht meist nur mittels sehr komplizierter Konstruktionen mit der Diebstahlsstrafe zu belegen; tatsächlich handelt es sich dabei nicht um Diebstahl.

In Betracht kommen folgende Fälle[1]): 1. Wegnahme in Zueignungsabsicht bezw. Zueignung ohne Bereicherungsabsicht. 2. Wegnahme ohne Zueignungsabsicht (Benutzungsabsicht). 3. Wegnahme bezw. Entziehung in Benachteiligungsabsicht. 4. Zueignung in Benachteiligungsabsicht.

Von diesen Fällen kann der zweite jedenfalls straflos bleiben (furtum usus), wie bisher auch.

a) Dauernde Entziehung von Sachen.

Der E. 25 enthält aus diesen Erwägungen heraus in § 304 folgende Bestimmung: „Wer in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, eine fremde Sache einem anderen dauernd entzieht, wird . . . — Die Tat wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt. — In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen."

Die Bestimmung des § 337 E. 27 (dauernde Entziehung von Sachen) stimmt sachlich damit überein: „Wer in der Absicht, jemand Nachteil zuzufügen, eine fremde Sache einem anderen dauernd entzieht, wird mit Gefängnis bis zu 1 Jahr oder mit Geldstrafe bestraft". — Absatz 2 und 3 ebenso.

Zu § 337 E. 27 führt die Begründung des Entwurfs (S. 164) aus: „Die Vorschrift des § 337 erfaßt den Fall, daß jemand in fremdes Eigentum in der Weise eingreift, daß er eine Sache dem Eigentümer dauernd entzieht, ohne sie sich oder einem Dritten zueignen zu wollen; daß eine solche Handlungsweise strafwürdig ist, wenn der Täter die Absicht hat, jemand Nachteil zuzufügen, daß z. B. Strafe verdient, wer in dieser Absicht eine fremde Sache ins Meer

[1]) Zusammengestellt bei Aschrott-Kohlrausch S. 342.

versenkt oder eine Hürde öffnet, damit die Tiere entweichen, bedarf keiner Darlegung. . . . Im übrigen soll die Strafe nur eintreten, wenn die Tat in der Absicht begangen wird, jemand Nachteil zuzufügen; es soll also vorzugsweise ein Handeln aus Bosheit oder Rachsucht getroffen werden."

Eine Beschränkung von „Nachteil" auf Vermögensnachteil findet hienach nicht statt. Nachteil umfaßt also jede äußerlich erkennbare und definierbare Beeinträchtigung fremder Rechte, jede meßbare Verschlechterung der Verhältnisse ohne Beschränkung auf Seite des Vermögens.[1]) Der Täter muß die Absicht haben, d. h. es muß ihm darauf ankommen, Nachteil zuzufügen, es genügt nicht Vorsatz in dem Sinn, daß sich der Täter den Eintritt des Nachteils als notwendigen Erfolg seiner Handlung vorstellt. Sachlich kommt die Bestimmung des § 337 der Sachbeschädigung[2]) sehr nahe. Der Unterschied im objektiven Tatbestand ist der, daß bei der Sachbeschädigung eine Einwirkung auf die Sache erfordert ist, die eine Veränderung oder Verletzung der Sachsubstanz darstellt, was bei zusammengesetzten Sachen und bei lebenden Tieren auch eine Minderung der Gebrauchsfähigkeit, bei anderen Sachen eine Veränderung der äußeren Erscheinung sein kann; keine Sachbeschädigung liegt vor, wenn die Sache dem Eigentümer lediglich entzogen wird. Die Bestimmung des § 326 II E. 27 (ebenso § 294 II E. 25), wonach ebenfalls wegen Sachbeschädigung bestraft wird, wer eine fremde Sache in einer Weise unbrauchbar macht, daß sie der Verletzte nur mit erheblichem Aufwand an Arbeit, Kosten oder Zeit wieder brauchbar machen kann, trifft nur Fälle, die auch nach dem RStGB. § 303 zumeist schon als Sachbeschädigung behandelt wurden. (Auseinandernehmen einer Maschine.)[3])

Praktisch wird die Abgrenzung zwischen der Sachbeschädigung und dem Delikt des § 337 vielfach nicht befriedigen. Welchen Unterschied macht es im Erfolg, ob jemand einen Edelstein mit dem Hammer zerschlägt oder ins Meer wirft? Wenn allerdings der ins Wasser geworfene Gegenstand durch die Einwirkung des Wassers eine Substanzverletzung erfährt, z. B. ein Buch, liegt auch hier Sachbeschädigung vor.[4])

Wie nahe sich beide Tatbestände liegen, zeigt übrigens das Beispiel der Entwurfsbegründung (S. 162), daß unter Umständen sowohl der Tatbestand des § 326 II wie der des § 337 gegeben sein wird, z. B. in dem Fall, daß jemand aus einer Maschine einen wichtigen Bestandteil herausnimmt und, um die Wiederherstellung zu erschweren, ins Wasser wirft.

---

[1]) Zum Vergleich kann hier die Auslegung von »Nachteil« in § 274 Ziff. 1 RStGB. herangezogen werden; z. B. Ebermayer, 274, 8; Frank 274 I. Siehe auch die Definition Lilienthals Z. f. Str. W. 32 S. 24. — Nach § 209 E. 27 ist übrigens die Absicht, Nachteil zuzufügen, nicht mehr erfordert.

[2]) § 303 RStGB., § 326 E. 27, 294 E. 25.

[3]) Vergl. Begr. S. 162. Ebermayer 303, 4; Frank II 1; Olshausen 4a.

[4]) Ebermayer § 303, 4; Frank 303 II 1; Olshausen 303, 4b.

Bei § 337 E. 27 ist nun erforderlich, daß der Täter in der Absicht, Nachteil zuzufügen, handelt; bei der Sachbeschädigung genügt der Vorsatz, also das Bewußtsein, daß die Sache eine fremde und daß die Einwirkung rechtswidrig ist und eine Minderung oder Aufhebung der Gebrauchsfähigkeit zur Folge hat. Versteckt demnach jemand eine Schnapsflasche, um eine Alkoholvergiftung ihres bereits betrunkenen Besitzers zu verhindern,[1]) oder wirft er sie gut verkorkt ins Wasser, so kann er mangels Absicht, Nachteil zuzufügen, nicht bestraft werden; er wird aber wegen Sachbeschädigung bestraft, wenn er die Flasche am Brückengeländer in Trümmer schlägt oder unverkorkt ins Wasser wirft; denn in beiden letzteren Fällen liegt offenbar eine unmittelbare Beschädigung der Substanz vor.

Es wäre deshalb m. E. zu erwägen, ob nicht die Vorschrift des § 337 E. 27 in den Paragraphen der Sachbeschädigung aufgenommen werden könnte.[2]) Man würde sich dabei allerdings des überkommenen Begriffes der Sachbeschädigung als Einwirkung auf die Sachsubstanz begeben; indes ist dieses strenge Prinzip in gewissem Sinne bereits durch die Bestimmung des § 326 II E. 27 durchbrochen. U. U. könnte auf das Erfordernis der „Absicht, einem andern Nachteil zuzufügen" ganz verzichtet werden. Eine zu weite Auslegung des Deliktes ist schon damit verhindert, daß eine dauernde Entziehung verlangt wird. Versteckt in dem vorher erwähnten Beispiel der Täter die Flasche nur solange, bis der Eigentümer wieder zur Besinnung kommt, so ist er, was nur zu begrüßen ist, straffrei, ohne daß es auf die Absicht Nachteil zuzufügen ankäme. Entzieht er sie aber dauernd, so ist das ebenso und aus denselben Gründen zu bestrafen wie die Sachbeschädigung. Im übrigen gibt die Bestimmung des § 326 IV (ebenso § 337 III) E. 27 die Möglichkeit, in besonders leichten Fällen von Strafe abzusehen.

Es ergibt sich lediglich noch ein Bedenken, nämlich die Frage, wann die Entziehung vollendet ist, wenn „dauernd" im objektiven Tatbestand steht; denn es sind auch andere Fälle denkbar, als daß der Täter den entzogenen Gegenstand gerade ins Meer wirft.[3]) Man wird dann stets mehr oder minder die Absicht des Täters berücksichtigen müssen, sodaß es sich vielleicht empfehlen würde, „dauernd" in den subjektiven Tatbestand aufzunehmen.[4]) Das könnte, auch wenn man nicht die Absicht, einen dauernden Nachteil zuzufügen, verlangen wollte, etwa dadurch geschehen, daß man formuliert: Wer eine fremde Sache einem anderen entzieht in der Absicht, sie dem Berechtigten dauernd unzugänglich zu machen. — Der Genauigkeit halber wäre der Zusatz, „ohne die Absicht, sich oder einen anderen unrechtmäßig zu bereichern" in Erwägung zu ziehen. Aschrott-Kohlrausch ist allerdings der Meinung, daß das

[1]) Selbstverständlich so, daß sie dem Eigentümer dauernd verloren ist.

[2]) Vergl. Geg. E., oben S. 60, s. auch die »Eigentumsschädigung« des schweiz. Entwurfs von 1908, unten S. 84.

[3]) Vergl. auch Aschrott-Kohlrausch S. 343.

[4]) Vergl. den deutschen Geg. E., oben S. 60.

Moment „dauernd", in die Absicht aufgenommen, ebenso schwer nachweisbar sein werde, und kommt zu dem Schluß, ein Delikt „Entziehung in Benachteiligungsabsicht" (ohne das Moment „dauernd"), außerdem aber ein Delikt für die Fälle unberechtigter Aneignung zu schaffen.

b) Unberechtigte Aneignung.

Nach Erscheinen des E. 25 war mehrfach darauf hingewiesen worden, daß das Delikt der dauernden Entziehung nicht alle Lücken ausfülle, daß insbesondere alle Fälle der Entwendung ohne Bereicherungs- oder Benachteiligungsabsicht straflos wären, z. B. Entwendung gegen vollen Wertersatz.[1])

Daher enthält der E. 27 eine Bestimmung „Unberechtigte Aneignung" § 334, die im E. 25 noch fehlt.[2]) „Wer, abgesehen von den Fällen des Diebstahls oder der Unterschlagung eine fremde bewegliche Sache sich oder einem anderen rechtswidrig zueignet, wird mit Gefängnis bestraft. — Der Versuch ist strafbar. — In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren."[3]) Nach der Begründung des Entwurfs (S. 164 und 170) sollen damit die Fälle erfaßt werden, „in denen jemand ohne Bereicherungsabsicht sich an fremdem Eigentum vergreift". Man hat dabei insbesondere die Fälle der Wegnahme von Urkunden, die nicht in Bereicherungsabsicht erfolgt, im Auge, insbesondere auch politisch wichtiger Dokumente. Gleichgültig ist, ob sich die Sache im Gewahrsam des Verletzten, des Täters oder eines anderen befindet.

Gegen dieses Delikt ist eingewendet worden,[4]) daß damit die Vorschrift über die Unterschlagung überflüssig würde; denn die Unterschlagung, bei der die Absicht unrechtmäßiger Bereicherung verlangt werde, die also einen engeren Tatbestand als die ungerechtfertigte Aneignung darstelle, werde unter dieselbe Strafe wie die unberechtigte Aneignung, bei der diese Absicht nicht verlangt werde, gestellt. Dieser Einwand kann damit widerlegt werden, daß man dasselbe auch vom Verhältnis zwischen der unberechtigten Aneignung und dem Diebstahl sagen könnte; aber gerade die Bereicherungsabsicht macht ja den Diebstahl und die Unterschlagung zu einer besonderen Art von Delikten, die sich keineswegs darin erschöpft, daß die Strafe höher sein müßte. Ob es zweckmäßig war, bei § 334 denselben Strafrahmen zu wählen, braucht hier nicht erörtert zu werden.

[1]) Aschrott-Kohlrausch S. 343 schlägt vor: 1. Entweder Täter braucht nur Benachteiligungsvorsatz zu haben; oder 2. der Benachteiligungsbegriff hat vollständig auszuscheiden: es handelt sich dann nicht um ein Vermögensdelikt, sondern um einen Angriff gegen Freiheit und staatliche Ordnung.

[2]) Ebenso fehlt eine solche Bestimmung im V. E. (vergl. dagegen Geg. E. § 300), Komm. E. und E. 19. Vergl. österr. E. 1912 § 345.

[3]) Warum ist übrigens das Delikt als unberechtigte »Aneignung« bezeichnet, während im Tatbestand nur von »Zueignen« die Rede ist?

[4]) Lang, Lücken und Überflüssiges im Strafgesetzentwurf J. W. 1928 S. 2185

Keineswegs ist richtig,[1]) daß es für den einzelnen keinen großen Unterschied mache, besonders auch, was das Ehrgefühl betrifft, ob er wegen Diebstahls oder eigenmächtiger Entwendung bestraft wird.

Mit mehr Grund wird ein weiteres Bedenken gegen § 334 E. 27 geltend gemacht[2]): Ist die unberechtigte Aneignung mit Gewahrsamsbruch verbunden, entspricht sie also dem, was wir nach geltendem Recht unter Diebstahl verstehen, dann ist der Strafschutz unvollkommen; denn räuberische unberechtigte Aneignung und diese qualifiziert durch Todesfolge (nach geltendem Recht Zuchthaus bis zu 15 Jahren oder lebenslänglich) würde nur mit der Höchststrafe von $7^1/_2$ Jahren Zuchthaus (§ 66 II E.) bestraft werden können." Dieser Gedanke kann noch erweitert werden: Beim Raub (§ 338 E. 27), der ja auch Bereicherungsdelikt ist, sieht der Entwurf eine dem § 334 entsprechende Bestimmung überhaupt nicht vor. Es ist klar, daß eine Anwendung des § 334 auf Fälle, in denen die Wegnahme mit Gewalt gegen eine Person oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben, aber ohne Bereicherungsabsicht erfolgt, nicht in Frage kommt. Denn während der räuberische Diebstahl (§ 332) im E. 27 in den Abschnitt Diebstahl und Unterschlagung aufgenommen ist und damit klar zum Ausdruck gebracht ist, daß dieser Fall als Diebstahl anzusehen ist — anders als im RStGB., wo der räuberische Diebstahl (§ 252) beim Raub behandelt ist, wobei strittig ist, ob es sich um einen Fall von Diebstahl oder von Raub handelt —, ist der Raub jedenfalls nicht als ein Unterfall von Diebstahl anzusehen.

Nötigung (§ 279 E. 27) wird hier schon deshalb nicht herangezogen werden können, weil „wegnehmen" und „abnötigen" zwei verschiedene Begriffe sind; dies wird auch in der Begründung zum Entwurf S. 173 klar zum Ausdruck gebracht und ergibt sich schon aus der Unterscheidung „wegnimmt" und „abnötigt" in § 338 E. 27.[3]) Immerhin wäre in dieser Richtung für die Fälle der Gewaltanwendung an einen Ausweg zu denken.

Der § 334 gibt auch noch von anderer Seite betrachtet zu Zweifeln Anlaß. Damit sind nämlich eine große Reihe von Grenzfällen, die bisher beim Diebstahl auftauchten, auf dieses Delikt der unberechtigten Aneignung abgeschoben. Insbesondere ist es der Begriff der rechtswidrigen Zueignung, der auch hier Anlaß zu Streitfällen geben wird; z. B. Verhältnis zur Sachbeschädigung. Oder soll bei Wegnahme in der Absicht der Zerstörung § 337 vorliegen? Diese Möglichkeit wird wohl deswegen ausscheiden, weil es sich bei der Absicht der Zerstörung um Einwirkung auf die Sachsubstanz handelt, also Sachbeschädigung. Auch aus diesen Erwägungen würde

[1]) Vergl. z. B. Protokolle 1913 169. Sitzung 1. L. Bes. T. S. 22.

[2]) Lang a. a. O.

[3]) Ein Beispiel der Begründung des Entwurfs zu §§ 279, 280 S. 141 verwischt allerdings anscheinend den Unterschied etwas, indem es von einer Nötigung spricht, wenn jemand (zwecks Selbsthilfe) einem andern eine Sache mit Gewalt oder unter Androhung von Schlägen »entreißt«.

vielleicht die Aufnahme des § 337 in die Sachbeschädigung manche Schwierigkeit beseitigen.

Das oben bereits erörterte Verhältnis von § 334 zur Unterschlagung ist noch in anderer Richtung in Erwägung zu ziehen. Für die Unterschlagung kommt es nicht darauf an, auf welche Weise der Täter den Gewahrsam an der Sache erlangt hat; es ist durchaus möglich, daß Unterschlagung an einer Sache begangen wird, die durch eine strafbare Handlung in den Gewahrsam des Täters gekommen ist.[1]) Nur dann, wenn der objektive Tatbestand eines Deliktes schon im subjektiven Tatbestand eines vorausgegangenen sich auf denselben Gegenstand beziehenden enthalten ist, muß das letztere als konsumiert angesehen werden. Der Dieb (§ 242 RStGB.), der sich die gestohlene Sache nachträglich wirklich zueignet, kann daher nicht noch nachträglich wegen Unterschlagung gestraft werden. — Eignet sich nun jemand eine Sache nach § 334 zu und verwertet er sie nachträglich gewinnbringend, z. B. er verkauft sie zum Schaden des Eigentümers, so kann trotzdem eine Unterschlagung nicht mehr angenommen werden, weil die Zueignung bereits durch § 334 betätigt ist. Damit wird man allerdings dem Sinn des Gesetzes insofern nicht gerecht, als in einem solchen Falle ein Bereicherungsdelikt eingreifen müßte.

Dagegen erscheint es durchaus möglich, daß an einer nach § 337 entzogenen Sache Unterschlagung verübt wird, ebenso ein Delikt nach § 334; denn eine Entziehung nach § 337 kann sehr wohl mit Gewahrsamserlangung verbunden sein, sodaß eine nachträgliche Zueignung entweder nach § 333 oder nach § 334 denkbar ist.

C) Privilegierter Diebstahl.

Die Fälle der §§ 248a und 370 Ziff. 5 RStGB. behandelt der Entwurf gleichmäßig als Vergehen unter der Bezeichnung „Entwendung“ (§ 336 E. 27, § 300 E. 25). Nach der Begründung des Entwurfs bleibt es trotz des Wechsels des Ausdrucks dabei, daß eine Entwendung nur vorliegt, wenn außer ihren besonderen Voraussetzungen die Tatbestandsmerkmale des Diebstahls, der Unterschlagung oder der unberechtigten Aneignung nach jeder Richtung hin gegeben sind.[2]) Dem entspricht die Verweisung im Tatbestand auf die einschlägigen Gesetzesbestimmungen. Da Diebstahl und unberechtigte Aneignung gleichmäßig nebeneinander genannt sind, ist es mithin nicht notwendig, daß Bereicherungsabsicht vorliegt.[3])

---

[1]) Vergl. z. B. Frank § 246 II, 3a, § 73 VII 2c.

[2]) Begründung zum E. 27 S. 171.

[3]) Vergl. auch § 335 E. 27 (§ 303 E. 25), der dem § 347 RStGB. entspricht; ferner § 409 II E. 27 (§ 375 II E. 25), ungefähr entsprechend § 370 Ziff. 2 RStGB.

D) Rückgabe der gestohlenen Sache.

Nach dem RStGB. ist der Diebstahl vollendet mit der Wegnahme der Sache: Der Täter bricht fremden Gewahrsam und läßt einen anderen an dessen Stelle treten (Apprähensionstheorie).[1]) Es ist also gleichgültig, ob die Sache später zurückgegeben oder dafür Ersatz geleistet wird.[2]) § 46 RStGB. kommt nicht in Betracht, da er nur dann anwendbar ist, wenn die Handlung sich noch im Stadium des Versuchs befindet. Nach Binding[3]) bildet die Ersatzleistung nicht einen Strafmilderungsgrund, selbst die freiwillige nicht, höchstens läßt sie einen Rückschluß auf mildere Intensität des Vorsatzes zu. Dieser Standpunkt ist dann gerechtfertigt, wenn, wie im geltenden Recht, der Strafschutz in erster Linie sich gegen Eingriffe in fremdes Eigentum richtet; ist dieser Eingriff einmal vollzogen, dann muß es belanglos sein, ob der Schaden später wieder gut gemacht wird.

Anders dann, wenn es sich beim Diebstahl um wirtschaftliche Schädigung einerseits, andererseits um wirtschaftliche Vermögensbereicherung handelt. Hier gewinnt der ganze Sachverhalt ein anderes Aussehen, wenn durch eigenes Zutun des Täters der status quo ante wieder hergestellt wird, selbstverständlich innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen, insbesondere bevor eine amtliche Verfolgung eingetreten ist.

In diesem Zusammenhang kann die Bestimmung des österreichischen Strafgesetzbuches § 187 angeführt werden: Jeder Diebstahl und jede Veruntreuung hört auf, strafbar zu sein, wenn der Täter aus tätiger Reue, obgleich auf Andringen des Beschädigten, nicht aber ein Dritter für ihn, eher als das Gericht oder eine andere Obrigkeit sein Verschulden erfährt, den ganzen aus seiner Tat entspringenden Schaden wieder gut macht. — Von diesem Grundsatz werden in § 188 einige Ausnahmen gemacht, z. B. wenn der Täter auf der Flucht vom verfolgenden Eigentümer ergriffen und zur Herausgabe gezwungen wird; oder wenn der Täter seiner Verpflichtung, Vergütung für die gestohlene Sache zu leisten, nicht nachkommt; oder wenn er nur einen Teil zurückgibt, bezüglich des Restes einen Vergleich anbietet und der Beschädigte darauf nicht eingeht. — Für den Betrug gibt es eine gleiche Bestimmung nicht.

Eine Reihe von früheren Strafgesetzbüchern deutscher Staaten enthielten ebenfalls einige Bestimmungen, die teils eine mildere Strafe, teils Straffreiheit eintreten ließen.[4]) Auch sonst konnte im

---

[1]) Ob die Zueignung, wie wohl richtig, ein der Wegnahme nachfolgender Akt ist, oder ob die Zueignung schon in der Wegnahme liegt, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

[2]) Zu unterscheiden ist: a) die Absicht der Rückgabe liegt von Anfang an vor (furtum usus). b) der Entschluß zur Rückgabe wird erst nach der Tat gefaßt; nur dieser Fall ist hier zu behandeln.

[3]) Lehrb. I S. 241, vergl. auch Harburger S. 222.

[4]) z. B. Bayern 1813 Art. 226, 227; V. O. von 1816 Art. XI, unter Umstän-

historischen Überblick auf ähnliche Erwägungen hingewiesen werden. Hufnagel[1]) führt folgende Gesichtspunkte an, die das Obertribunal entwickelt hat: „Da der Grund des Gesetzes hauptsächlich ein politischer und aus Rücksicht für den Bestohlenen abzuleiten ist, um diesem zum Ersatz des Entwendeten zu verhelfen, so kommt es auf das Motiv nicht an, welches den Dieb zum Ersatz bestimmte. Mag es aus Reue oder aus Furcht vor Strafe geschehen sein, genug, daß vor einer beschuldigenden Anzeige oder vor einer amtlichen Einschreitung die gestohlene Sache zurückgegeben oder Vergütung des Schadens geleistet worden ist. Mit dieser Auslegung stehen die Worte „aus freiem Antrieb“ nicht in Widerspruch, welchen wohl kein anderer Sinn unterlegt werden darf, als daß der Dieb vor dem ihm durch den Richter bereits auferlegten oder sicher zu erwartenden Zwang den Ersatz geleistet habe. Der Milderungsgrund des Gesetzes ist daher selbst dann zu beachten, wenn der Ersatz für den Dieb von einem Dritten unter jener Voraussetzung bewirkt worden ist“.

Das RStGB. kennt die Möglichkeit von Straflosigkeit trotz vollendeten Verbrechens in § 163 II, § 310. Ähnlich E. 27 §§ 190 und 237. Die Bestimmung des § 27 E. 27 bezieht sich ebenso wie § 46 RStGB. nur auf Versuch.

Man hat oft vor Gericht Gelegenheit zu hören, daß es den Beteiligten unverständlich ist, daß eine Sache wegen Diebstahls noch verfolgt wird, obwohl der Schaden längst gutgemacht ist. Es ist klar, das es nicht dasselbe ist, ob die Frage einer milderen Bestrafung nur im Rahmen der Strafzumessung unter Berücksichtigung mildernder Umstände (evtl. Abhängigmachung einer Bewährungsfrist vom Ersatz des Schadens) berücksichtigt wird oder aber, ob für derartige Fälle eine besondere Vorschrift über mildere Strafe oder Straffreiheit besteht. Nur im letzteren Falle wird das wertvolle psychologische Moment gegeben sein: Ansporn zur Wiedergutmachung; gerade nach der Tat ergeben sich beim Täter vielfach bestimmte Überlegungen, die so jedenfalls viel eher zur Entscheidung in diesem Sinne führen. Eine Gefahr, daß sich aus einer solchen Bestimmung dann notwendige Konsequenzen auch für andere Delikte ergeben könnten, besteht nicht, da eine solche Bestimmung in der Eigenart des Diebstahls begründet ist. Auch daß die Schärfe der Strafdrohnung bedenklich abgestumpft und die Furcht vor der entehrenden Diebstahlsstrafe durch eine solche Vorschrift gemindert würde, ist nicht zu erwarten, insbesondere dann nicht, wenn die Straflosigkeit davon abhängig gemacht würde, daß der Täter den Schaden selbst, nicht ein Dritter für ihn, wieder gut macht und zwar bevor er erfahren hat, daß seine Tat gerichtlich verfolgt wird.

---

den Straffreiheit. Ebenso 1861. Braunschweig § 243, Sachsen und Württemberg Art. 342.

[1]) Komm. z. württemb. StGB. II S. 980.

IV. Teil.

Ausländische Gesetzgebung.

1. Österreich.

Einen wichtigen Grund für die Fassung des Diebstahls als Bereicherungsdelikt bildete das Bestreben der Strafrechtsangleichung an das österreichische Recht. Der Gedanke der Strafrechtsangleichung, in Deutschland zuerst von Liszt, in Österreich zuerst von Gleispach ausgesprochen, befaßt sich mit den Vorteilen eines gemeinsamen Strafgesetzbuches von Deutschland und Österreich.[1]) Abgesehen von politischen Erwägungen sind es kulturelle Gesichtspunkte, die eine derartige Angleichung wünschenswert erscheinen lassen; die ganze geistige Arbeit, die ein Land leistet, kommt dem anderen zugute. Dazu kommen wichtige Vorteile für die praktische Rechtsausübung, für die Bekämpfung des internationalen Verbrechertums, die gerade bei einem so häufig vorkommenden Delikt wie dem Diebstahl von Bedeutung sein werden; es entfallen bei Übereinstimmung der Gesetze alle Schwierigkeiten, die sich bisher im Rechtshilfe- und Auslieferungsverfahren insbesondere dadurch ergeben haben, daß eine Tat in dem einen Land strafbar ist, im anderen nicht.

Als daher in Österreich nach dem Krieg 1920 die Reform wieder aufgegriffen wurde, griff man nicht auf den österreichischen Entwurf von 1912 zurück, sondern beschloß gemeinsam mit Deutschland vorzugehen.[2]) Der Entwurf über die Änderung des Strafgesetzes, den die Bundesregierung dem Nationalrat 1921 vorlegte, ist nicht veröffentlicht. Durch einen Gegenentwurf von 1922 nahm Österreich zum Allgemeinen Teil des deutschen Entwurfs von 1919 Stellung. Bei der Vorbereitung der folgenden deutschen Entwürfe erfolgten gemeinsame Verhandlungen und nachdem der Reichsrat bezüglich des E. 25 seine Beschlüsse gefaßt hatte, nahm die österreichische Regierung dazu Stellung und leitete die Vorlage im Sommer 1927 an den Nationalrat.[3]) Da mithin bei Abfassung des deutschen Entwurfs offenbar den österreichischen Wünschen Rechnung getragen worden ist, folgt ein kurzer Überblick über den österreichischen Standpunkt auf Grund seiner derzeitigen Gesetzgebung und seiner früheren Entwürfe.

Das Strafgesetzbuch vom 27. 5. 1852[4]) bestimmt in § 171: „Wer um seines Vorteiles willen eine fremde bewegliche Sache aus eines anderen Besitz, ohne dessen Einwilligung, entzieht, begeht einen Diebstahl." § 172: „Der Diebstahl ist ein Verbrechen ent-

[1]) Vergl. Kahl. Strafrechtsangleichung etc. J. W. 1927 S. 2658. Ferner D. J. Z. 29. Jahrgang. S. 486 f.

[2]) Kahl a. a. O. S. 2660.

[3]) Ob sich dabei in der hier behandelten Materie Verschiedenheiten zum deutschen Entwurf ergeben haben, konnte mangels bezüglich der hier zu behandelnden Punkte zur Verfügung stehenden Materials nicht nachgeprüft werden.

[4]) S. oben S. 46.

weder aus dem Betrag oder aus der Beschaffenheit der Tat oder aus der Eigenschaft der entzogenen Sache."

Was den Betrag betrifft, so sind dieser Bestimmung entsprechend Wertgrenzen im Gesetz aufgestellt, nach denen die Schwere des Diebstahls abgestuft ist. Lammasch[1]) zitiert Diebstahl als widerrechtliche, gewinnsüchtige Entziehung einer fremden, beweglichen nicht völlig wertlosen Sache, mag sie auch erst durch denselben Akt, durch den die Aneignung erfolgt, zur Sache oder zur beweglichen Sache geworden sein und vorher zum Körper eines Menschen oder zu einem Grundstück gehört haben. Der Kassationshof[2]) definiert den Vorteil folgendermaßen: Mit den Worten „um seines Vorteils willen" bezeichnet das Gesetz jenen Vorteil, welcher darin liegt, daß der Dieb die fremde Sache ohne Entgelt an sich bringt, oder anderen zuwendet. Die Absicht des Diebes muß darauf gerichtet sein, die Sache für immer dem Berechtigten zu entziehen, um in Ansehung derselben sich oder andern die Ausübung des gesamten Inhaltes von Befugnissen zuzuwenden, welche ein Eigentümer kraft seines Eigentumsrechtes ausübt. — In ähnlichem Sinne die Mehrzahl der neueren Entscheidungen: Kein Diebstahl, wenn Täter nicht in der Absicht sich zu bereichern handelt (K. H. 1702).[3])

Hienach ist zum Diebstahl die Absicht eines Vermögensvorteils erforderlich, nicht genügt ein beliebiger anderer Vorteil. In diesem Sinn versteht auch die Literatur überwiegend den Vorteil.[4]) Allerdings nimmt der österreichische Oberste Gerichtshof in dem Falle der Wegnahme unter gleichzeitiger Erlegung des Wertes nur dann keinen Diebstahl an, wenn der Täter irrtümlich annahm, der Eigentümer habe unter diesen Umständen nichts einzuwenden.[5]) Dagegen wendet sich aber Lammasch[6]) mit der Begründung, daß hier mangels Vermögensschadens überhaupt kein Diebstahl vorliegt. Ebensowenig, wie die Absicht des bloßen Gebrauchs der Sache das Wesen der diebischen Absicht nicht deckt, ebensowenig die Absicht, durch Wegnahme der Sache nur zu einem Pfand für die gegen den Besitzer zustehende Forderung zu gelangen. (K. H. 206.)

Aus den oben erwähnten Vorschriften über bestimmte Wertgrenzen folgt, daß der Wert der Sache in Geld abschätzbar sein muß. So urteilt auch der K. H. (2672), daß bei Annahme gewinnsüchtiger Absicht Diebstahl an Sachen, die keinen Tauschwert haben,

---

[1]) Grundriß des österr. Strafrechts S. 89.

[2]) Pl. E. 1316 von 1890.

[3]) Dagegen ist bei Raub (§ 190) und Betrug (§ 197) nach dem Wortlaut des Gesetzes keine Bereicherungsabsicht erforderlich. Vergl. Lammasch S. 93. Es wird aber auch hier in der Literatur überwiegend die Ansicht vertreten, daß eine solche Absicht vorliegen müsse.

[4]) Vergl. Lammasch S. 90 und die dort bezeichnete Literatur. Stooß, Lehrb. d. österr. Strafrechts.

[5]) Vergl. Darst. VI 2 S. 244.

[6]) Grundriß S. 68, 90; auch Diebstahl und Beleidigung S. 15; ebenso Stooß; von Gleispach, Veruntreuung etc. S. 203.

oder hinsichtlich deren sich der Aneignende ihres Tauschwertes nicht bewußt gewesen ist, nicht möglich ist.

Entwendung von Leichen und Gegenständen aus Gräbern ist ein eigenes Delikt nach § 306, erfolgt sie aber in gewinnsüchtiger Absicht, dann liegt Diebstahl vor. Auch die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Waldfrevel hat unter dem Gesichtspunkt der Gewinnsucht zu erfolgen[1]) und des Umstandes, daß die Sache, welche als Gegenstand eines Diebstahls in Betracht kommen soll, bereits zu der Zeit, als sie entwendet wurde, für denjenigen, aus dessen Besitz sie entzogen wurde, in der Weise, wie er sie besaß, einen direkten Vermögenswert gehabt haben muß. Erhält die Sache erst durch die Mühe des Einsammelns und auf-den-Marktbringens einen Wert, so hat der, der sie entwendet, durch seine Tätigkeit erst einen Wert geschaffen, nicht aber einen schon vorhandenen Wertgegenstand seinem Besitzer entzogen.

Die älteren österreichischen Entwürfe weichen von dieser Stellungnahme, offenbar in Annäherung an die deutsche Gesetzgebung ab. So spricht der Entwurf 1867 von eigenmächtiger Wegnahme zwecks Zueignung. Ebenso die weiteren sogenannten Entwürfe I bis VI,[2]) dagegen bekam der Entwurf VII von 1893 durch den Zusatz „um seines oder eines Dritten Vorteils willen" folgende Fassung: „Wer um seines oder eines Dritten Vorteils willen eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, begeht einen Diebstahl."

Der österreichische Vorentwurf von 1909 und der wörtlich damit übereinstimmende Regierungsentwurf von 1912 bestimmen in § 335: „Wer eine fremde Sache einem anderen wegnimmt, um durch deren Aneignung sich oder einem Dritten einen unberechtigten Vermögensvorteil zuzuwenden, wird . . ." Dazu enthält der Entwurf folgende Delikte: § 345, Entwendung (eigenmächtige Aneignung): „Wer sich eine fremde Sache aneignet, ohne dadurch einen Vermögensvorteil zu erstreben. . . Der Täter wird nur mit Ermächtigung des Verletzten verfolgt. . . Der Täter ist nicht strafbar, wenn die Sache nahezu keinen Wert hat."

§ 347, Entfremdung: „Wer sich eine fremde Sache von geringem Wert zum unmittelbaren Verbrauch oder zur unmittelbaren Verwendung für sich oder einen Dritten aneignet. . . Der Täter wird nur mit Genehmigung des Verletzten verfolgt. Der Täter ist nicht strafbar, wenn die Sache nahezu keinen Wert hat. . . . . ."

§ 408 Ziff. I, Vermögensbeschädigung: „Wer eine fremde Sache einem anderen dauernd entzieht, um ihm einen rechtswidrigen Vermögensnachteil zuzufügen etc." — Die letztere Bestimmung ist also, anders im E. 27 § 337, nur auf Vermögensschaden beschränkt.

[1]) Lammasch S. 91.

[2]) I 1874 Reg. Vorl., II Aussch. Beschl. dazu, III Reg. Vorl. 1881, IV Reg. Vorl. 1889, V Aussch. Beschl. dazu, VI Reg. Vorl. 1891, VII Ausschuß Beschl. zu VI 1893.

§ 345 entspricht dagegen dem § 334 E. 27. Im übrigen ist auch im Entwurf die Unterscheidung des Diebstahls in Übertretung, Vergehen und Verbrechen nach der Höhe des Wertes der gestohlenen Sache beibehalten (§ 335, 336 Ziff. 2, 337 Ziff. 1, auch § 338 Ziff. 4 und 339 Ziff. 3)[1])

2. Einige andere ausländische Gesetze und Entwürfe.

Auch abgesehen von Österreich hat man von Anfang an bei der Strafrechtsreform den übrigen ausländischen Gesetzgebungen und insbesondere den ausländischen Reformarbeiten Beachtung geschenkt. Aus dem Bestreben heraus, die Gedanken ausländischer Reformarbeiten zu verwerten,[2]) entstand schon zu Beginn der deutschen Reformarbeiten auf Veranlassung des Reichsjustizamts die „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts."[3]) Zur Ergänzung dieses bereits 1909 abgeschlossenen Werkes bringt der Entwurf 27 als Anlage 1 „die Behandlung wichtiger Fragen der Strafrechtsreform in der ausländischen Gesetzgebung". Diese Übersicht umfaßt indes nicht sämtliche Delikte und auch der Diebstahl ist darin nicht behandelt.

a) Schweiz.

Die Mehrzahl der Delikte ist heute in der Schweiz noch nicht einheitlich geregelt, sondern der Gesetzgebung der einzelnen Kantone überlassen; so auch der Diebstahl.[4]) Die schweizerischen Kantonsstrafgesetzbücher verlangen fast durchweg nur die Absicht, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen, einige auch, sich oder einem anderen zuzueignen.[5]) Zwei verwenden den französischen Begriff frauduleusement. Lediglich Tessin und Luzern verlangen eine gewinnsüchtige Absicht; ferner das jüngste Strafgesetzbuch, StGB. für den Kanton Freiburg vom 9. Mai 1924, welches in Anlehnung an den Bundesentwurf 1918 Bereicherungsabsicht fordert.

Die Strafe richtet sich bei allen schweizerischen Strafgesetzbüchern nach dem Wert der Sache; auch werden Abstufungen nach

---

[1]) Vergl. auch Rudolf te Peerdt, Die Behandlung des Diebstahls im RStGB., D.V.E. und G.E. mit Berücksichtigung des österr. Reg. E. und des schweiz V.E.

[2]) Indes war dieser Gesichtspunkt durchaus nicht immer leitend; so wurde in der Strafrechtskommission von 1913 der Hinweis, daß gerade beim Diebstahl eine Übereinstimmung mit dem Ausland wünschenswert sei, mit der Begründung erledigt, daß das Vorbild des Auslands nicht maßgebend sein könne. Prot. 1913 1. L. Bes. T. 169. Sitzung S. 22.

[3]) Vergl. davon VI 2 S. 183 ff.: Harburger, Diebstahl und Unterschlagung.

[4]) Es gibt zwar ein Bundesstrafgesetz von 1853 und verschiedene andere Spezialgesetze; diese sind aber alle nur für solche Delikte bestimmt, die gegen die Interessen des gesamten Bundes, nicht des einzelnen verstoßen.

[5]) S. Stooß, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts II S. 67.

Wertgruppen gemacht.[1]) In manchen Kantonen gibt es ein selbständiges Delikt der unerlaubten Selbsthilfe.[2])

Kann hienach nach geltendem schweizerischen Recht der Diebstahl nicht als Bereicherungsdelikt erachtet werden, so wurde bei der Reform, die das Ziel, ein gemeinsames StGB. der Schweiz, im Auge hat, von Anfang an der Diebstahl als Bereicherungsdelikt behandelt. So verlangt der V.E. 1894 Art. 69: „Wer jemandem eine Sache wegnimmt, um sich oder einen anderen damit unrechtmäßig zu bereichern. . . .“ V.E. von 1896 Art. 70: „Wer eine Sache, die einem anderen gehört, wegnimmt, um sich oder einen Dritten damit unrechtmäßig zu bereichern. . . .“ V.E. von 1903 Art. 79: „Wer eine Sache, die einem anderen gehört, wegnimmt, oder wer eine durch Naturkraft erzeugte Energie einem anderen entzieht, um sich oder einen Dritten damit unrechtmäßig zu bereichern. . . .“

Der V.E. von 1908[3]) definiert den Diebstahl (Art. 83): „Wer eine fremde bewegliche Sache jemandem wegnimmt oder einer fremden elektrischen Anlage Energie entzieht, um sich oder einen anderen damit zu bereichern. . . .“

Die von Zürcher im Auftrag der schweizerischen Justizverwaltung verfaßten Erläuterungen erklären hienach Entwendung von Sachen ohne Kauf- oder Tauschwert, Entzug gegen Wertersatz nicht als Diebstahl.[4])

Sachbeschädigung, Unbrauchbarmachen ohne Verletzung der Substanz und dauerndes Entziehen ohne Bereicherungsabsicht sind in einem Delikt „Eigentumsschädigung“ (Art. 88) vereinigt. Zu der Sachbeschädigung, Eigentumsschädigung im engeren Sinn, bemerkt Zürcher (S. 151): Der Zusammenhang mit den Aneignungsverbrechen ist nur ein loser und äußerer, nämlich das gemeinsame Schutzobjekt; hiebei wird „fremdes Eigentum“, Art. 88, der „fremden Sache“, Art. 83, gleichgestellt. Nach dem Motive, das bald persönliche Rachsucht, bald ein unpersönlicher Zerstörungstrieb sein kann, trennt es sich ab von den Verbrechen aus Habgier oder Arbeitsscheu. . . . Es sind ganz andere Leute, welche die einen und die anderen Verbrechen begehen; die Motive der Aneignungsverbrechen sind dauernder Natur, wir begegnen daher oft dem Gewohnheitsverbrecher, selten bei Eigentumsschädigung. . . .

Die zweite Möglichkeit der Eigentumsschädigung, Unbrauchbarmachen ohne Verletzung der Substanz, soll z. B. den Fall erfassen, in dem in ein Triebwerk ein Keil eingetrieben, eine Rohr-

[1]) Stooß S. 69–71.

[2]) Stooß S. 461 ff.

[3]) Vergl. hiezu Zürcher, Erläuterungen zum V.E. d. schweiz. StGB. S. 141 ff.

[4]) a. a. O. S. 144. Ebenso ist bei Unterschlagung und Betrug Bereicherungsabsicht verlangt, Art. 85 und 90. Es gibt indes auch einen besonderen Tatbestand des Betrugs, Art. 249, wenn Bereicherungsabsicht fehlt. Vergl. Zürcher S. 147, 157, 452.

leitung verstopft wird. Als Beispiel der dritten Möglichkeit, dauernde Entziehung ohne Bereicherungsabsicht, wird angeführt: Täter hat die Sache weggenommen, um sie ins Wasser zu werfen oder zu verstecken. Mit dieser Regelung fällt das Bedenken weg, das gegen einen neuen Tatbestand „dauernde Entwendung ohne Bereicherungsabsicht" hinsichtlich der Abgrenzung von der Sachbeschädigung besteht. Ihrer Natur nach sind die hier zusammengefaßten Delikte tatsächlich so gleichartig, daß die vom schweiz. Entwurf versuchte Regelung als durchaus gangbar erscheint. Die Folge ist, daß ein bestimmter Deliktstatbestand für die Fälle, in denen die Wegnahme der Sache ohne Bereicherungsabsicht, aber zwecks bestimmter Verwendung erfolgt, der also dem § 334 E. 27 entspräche, nicht besteht. Die Wegnahme von Briefen oder Urkunden kann daher lediglich entweder als Vorbereitung zu Erpressung (Art. 91) oder Betrug (Art. 90) oder als Unterdrückung von Beweismitteln strafbar sein.[1])

Schließlich ist noch vorgesehen geringfügige Eigentumsschädigung (Art. 248) als Übertretung, entsprechend geringfügige Unterschlagung (Art. 247). In Art. 246, Entwendung, sind die Fälle der Gebrauchsmittelentwendung, Forstdiebstahl etc. zusammengefaßt, sofern es sich dabei um Handlungen aus Not, Leichtsinn oder Lüsternheit (Obst) handelt, dagegen darf die Tat nicht „aus diebischer Habsucht" begangen sein. Art. 250, Eigenmacht des Gläubigers: Wegnahme einer Sache beim Schuldner, um sich für seine Forderungen bezahlt zu machen etc.

Der Schweizer Bundesentwurf von 1918.[2])

Der Bundesentwurf 1918 bestimmt im Abschnitt: Vergehen gegen das Vermögen, in Art. 120 (Vergehen gegen das Eigentum, Diebstahl): 1. Wer eine fremde bewegliche Sache jemandem wegnimmt, um sich oder einen anderen damit unrechtmäßig zu bereichern, wird mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder mit Gefängnis bestraft. 2. Der Diebstahl zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird auf Antrag verfolgt. 3. Der Dieb wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten bestraft: Wenn er den Diebstahl als Mitglied einer Bande ausführt; wenn er das Stehlen gewerbsmäßig betreibt; wenn der Diebstahl auf andere Weise die besondere Gefährlichkeit des Täters offenbart.[3])

Leichter und schwerer Diebstahl sind sonach in einem Artikel zusammengefaßt.[4]) Die Fassung des Art. 120 Ziff. 1 entspricht voll-

[1]) Vergl. Zürcher, S. 145.

[2]) Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zum Entwurf eines schweiz. StGB. vom 23. Juli 1918. Vergl. auch Vorentwurf von 1916 (Fassung der II. Expertenkommission Oktober 1916).

[3]) Ebenso V.E. 1916, nur daß hier getrennt ist: Art. 125 (Diebstahl = Ziff. 1 und 2 des Art. 120 E. 18) und Art. 126 (schwerer Diebstahl = Ziff. 3 des Art. 120 E. 18).

[4]) Sonstige Fälle von schwerem Diebstahl kennt der Entwurf nicht.

kommen der des Art. 83 V.E. 1908; nur ist die Bestimmung über Entziehung elektrischer Energie im E. 18 weggelassen und in einem besonderen Artikel 127 aufgeführt.[1]) Ebenso wie bei Art. 83 ist daher anzunehmen, daß nur eine Sache, die Tauschwert hat, gestohlen werden kann. Die Begründung zum Bundesentwurf 1918 S. 34 bemerkt: Dem Volksempfinden entsprechend soll nur die Wegnahme einer Sache in Bereicherungsabsicht als Diebstahl bezeichnet werden. Dafür ist in Art. 124 der Entzug beweglicher Sachen ohne Bereicherungsabsicht in einen besonderen Tatbestand, Sachentziehung, gefaßt: Wer ohne Bereicherungsabsicht eine bewegliche Sache dem Berechtigten entzieht und ihn dadurch schädigt, wird auf Antrag mit Gefängnis oder Buße bestraft. In besonders leichten Fällen ist die Strafe Buße.

Art. 126, Sachbeschädigung: Wer eine fremde Sache beschädigt, zerstört oder unbrauchbar macht, wird. . . [2])

Damit ist also die Zusammenfassung der drei Gruppen Sachbeschädigung (Substanzverletzung), Unbrauchbarmachen (ohne Substanzverletzung) und Entziehung in einen Artikel „Eigentumsschädigung", wie es in V.E. 1908 Art. 88 geschehen und von Zürcher mit guten Gründen gerechtfertigt war, insofern wieder aufgegeben worden, als „Entziehung" jetzt Gegenstand eines besonderen Artikels ist. Bei der Sachentziehung (Art. 124) ist dabei auf das Moment „dauernd", offenbar wegen der Gefahr schwerer Nachweisbarkeit, verzichtet und lediglich verlangt, daß durch die Entziehung eine Schädigung eintritt, worunter wohl jede Schädigung, keineswegs nur Vermögensschädigung zu verstehen ist.

Bereicherungsabsicht ist gleichmäßig auch bei Raub, Art. 121, Veruntreuung, Art. 122, Unterschlagung, Art. 123, Betrug, Art. 129, und Erpressung, Art. 133, vorausgesetzt. Unter den Übertretungen befindet sich im Art. 298 eine dem Art. 246 V.E. 1908[3]) entsprechende Bestimmung: Entwendung von Sachen von geringem Wert aus Not, Leichtsinn oder zur Befriedigung eines Gelüstes. Art. 299: Wald- und Feldfrevel, geringer Wert, Bereicherungsabsicht. Art. 300: Geringfügige Veruntreuung und Unterschlagung (Sachen von geringem Wert) etc., vergl. dazu die Begründung S. 69.

b) Tschechoslowakei.

Vorentwürfe eines Strafgesetzes über Verbrechen und Vergehen und eines Übertretungsgesetzes von 1926.[4])

„§ 315. Diebstahl. Wer einem anderen eine fremde beweg-

---

[1]) Ebenso Art. 133 V.E. 1916. Vergl. außerdem Art. 194 und 205 E. 18.

[2]) Mit den Art. 124 und 126 E. 18 stimmen die Art. 130 und 132 V.E. 16 überein.

[3]) S. oben S. 85.

[4]) Herausgegeben von der Komm. f. d. Reform d. Čechoslovakischen Strafgesetzes, Prag 1926.

liche Sache in der Absicht wegnimmt, dadurch sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, auf den er kein Recht hat, wird mit Kerker von 1 Monat bis zu 3 Jahren oder mit Gefängnis von 14 Tagen bis zu 3 Jahren bestraft."

Die Begründung S. 228 f. spricht von der Absicht des Schuldigen, die der Tat ihren besonderen asozialen Charakter verleiht; typisch pflege hier namentlich die Absicht zu sein, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, auf den er kein Recht hat. Es wird, im Gegensatz zu dem geltenden Strafgesetzbuch, das ist das österr. von 1852, davon abgesehen, den Wert der Sachen oder die Höhe des Schadens zum Maßstab der Strafbarkeit zu machen. „Übrigens ist für den Grad des antisozialen Charakters der Vermögensdelikte eher als die absolute Größe des zugefügten Schadens der Umstand maßgebend, wie empfindlich der Schaden für den Beschädigten ist; der Schuldige, der einen armen Teufel um seine letzten Groschen bringt, erscheint uns sicherlich weit strafbarer als jener, der einem Millionär einen vielleicht tausendfach größeren Betrag nimmt." „Daher erklärt es der Entwurf bei der Mehrzahl der Vermögensdelikte für einen Qualifikationsumstand, ob der Schuldige den Beschädigten durch seine Tat in eine schwere Zwangslage versetzt hat (beim Diebstahl § 316). Durch die Fassung „dadurch sich . . . zu verschaffen" soll ausgedrückt sein, daß es nicht erforderlich ist, daß der Vermögensvorteil in der Bereicherung um die Substanz der Sache liege; es ist also nicht vorausgesetzt, daß die Sache selbst einen Geldwert hat (Begründung S. 231).

„§ 328. Vermögensbeschädigung. Wer in der Absicht, dadurch einem anderen rechtswidrig einen Vermögensschaden zuzufügen, eine fremde bewegliche Sache wegnimmt oder sich zueignet etc."[1]) Im Übertretungsgesetz ist u. a. vorgesehen: „§ 59. Mutwille. Wer wissentlich einem anderen dadurch einen Vermögensschaden zufügt, daß er eine fremde bewegliche Sache wegnimmt, beschädigt, vernichtet, unbrauchbar macht oder sich zueignet. . ." „§ 60. Entwendung: Wer einem anderen eine fremde bewegliche Sache von geringem Wert aus Leichtsinn, aus Not oder um sie selbst zu verbrauchen oder zu demselben Zwecke unentgeltlich einem anderen zu überlassen, wegnimmt. . . ."

Straflosigkeit bei rechtzeitigem Ersatz ist im Gegensatz zum geltenden Recht nicht mehr aufgenommen. Begründung S. 230.

c) Nordische Gesetze.

Norwegen. Almindelig borgerlig Straffelov v. 1902. § 257. Tyveri: Den, som uden besidderens samtykke borttager eller medwirker til borttagelsen af en gjenstand, der helt eller delvis tilhører

[1]) Gedacht als ergänzende Bestimmung für die Fälle, in denen die Absicht des Vermögensvorteils fehlt. Begr. S. 230, 241.

en anden, i hensigt at forskaffe sig eller andre en uberettiget vinding ved dens tilegnelse, straffes for tyveri med faengsel indtil 3 aar.[1])

In den Motiven dazu ist zum Ausdruck gebracht, daß die Absicht, sich einen „unberechtigten Gewinn" zu verschaffen, nicht gleichbedeutend mit gewinnsüchtigem Motiv ist; vielmehr erfordert ersteres einen Vermögensübergang von dem Berechtigten auf den Nichtberechtigten.[2])

Ebenso ist bei Unterschlagung (§ 255) unberechtigter Gewinn verlangt.

Das schwedische Straff-Lag v. 16. 2. 64 enthält keine Definition des Diebstahls. Der Entwurf von 1923 enthält nur den allgemeinen Teil (Förslag till strafflag Allmänna delen. Stockholm 1923).

Ebensowenig enthält das dänische Almindig borgerlig Straffelov vom 10. II. 1864 eine Diebstahlsdefinition. Der Regierungsentwurf 1924/25 bringt ebenfalls nur einen allgemeinen Teil: Danska strafflags förslagets allmänna del.

d) Frankreich und Belgien.

Code pénal von 1810, neugefaßt 1832.

Art. 379. Qui-conque a soustrait frauduleusement une chose, qui ne lui appartient pas, est coupable de vol.

Ebenso definiert der belgische Code pénal von 1867 Art. 461.

Vol ist ein weiterer Begriff als unser Diebstahl; auch Fälle von Erpressung und Unterschlagung werden damit erfaßt. Frauduleusement wird im allgemeinen wohl nicht im Sinn einer gewinnsüchtigen Absicht zu verstehen sein. Es gibt allerdings Entscheidungen des Kassationshofs, die davon sprechen, daß der Dieb in gewinnsüchtiger Absicht gehandelt haben müsse. In der Literatur wird dies aber gewöhnlich nicht für unbedingt nötig erachtet.[3]) Immerhin bemerkt Garraud: on ne prend guère que par cupidité. Nach der Rechtsprechung des Kassationshofes[4]) zu Anfang des 19. Jahrhunderts war es kein vol, wenn der Gläubiger dem Schuldner das Geld wegnahm, dagegen ist der Kassationshof später der Ansicht, qu'une créance ne peut légitimer le vol;[5]) nach Garraud[6]) liegt in einem solchen Fall stets Diebstahl vor. Carnot steht auf

---

[1]) Almindelig Borgerlig Straffelov og lov om dens ikrafttraeden, v. P. J. Paulsen, Kristiania 1916, S. 274, 279, besonders Anm. 2 zu § 255.

[2]) Entwurf eines allgemeinen bürgerlichen Strafgesetzbuchs für das Königreich Norwegen, Motive, S. 197 ff.

[3]) Z. B. Chauveau et Hélie, Théorie du Code pénal, 6. Aufl. Bd. 5. Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français Bd. 5. Carnot, Kommentar z. Code pénal II 148.

[4]) Harburger S. 245.

[5]) Chauveau und Hélie V n 1905.

[6]) V n 2101.

dem entgegengesetzten Standpunkt: L'acheteur qui enlève furtivement la chose vendue, ne se rend pas coupable de vol.[1])

Gérard[2]) macht auf folgenden Unterschied aufmerksam: „. . . il est important de ne pas confondre l'intention d'acquérir la disposition d'une chose, de s'attribuer la faculté d'en disposer, avec l'intention de s'enrichir". Er glaubt, daß die Absicht des Diebes im ersteren Sinne aufzufassen sei.

Nypels[3]) kritisiert die unbestimmte Fassung der Diebstahlsdefinition im belgischen und französischen Gesetz, wonach sowohl der als Dieb anzusehen sei, dem es bei der Wegnahme darauf ankommt, sich einen Vorteil zu verschaffen, als auch der, der aus irgendwelchen anderen Gründen, z. B. aus Rache in der Absicht zu schädigen, etwas wegnimmt. „Jamais on ne fera entrer dans l'esprit du peuple que deux faits dont la moralité diffère essentiellement doivent recevoir la même qualification. Il distinguera toujours ce qui est vil et infâme de ce qui ne l'est pas".

e) Italien.

Strafgesetzbuch von 1889.[4]) Art. 402. Chiunque s'impossessa della cosa mobile altrui per trarne profitto togliendola dal luogo dove si trova, senza il consenso di colui al quale essa appartiene etc. . .

Es kommt hier nicht auf die Absicht rechtswidriger Zueignung an, sondern auf das in Besitzsetzen, um Vorteil von der Sache zu ziehen. Diese Absicht wird dem römischen lucri faciendi gratia gleichgestellt; indes beschränkt die Praxis den Begriff nicht auf Vermögensvorteil.[5])

Der italienische Vorentwurf zu einem neuen StGB. von 1927 (Progetto di un nuovo codice penale).[6])

12. Titel. Art. 642. Diebstahl.

Wer eine fremde bewegliche Sache sich dadurch aneignet, daß er sie dem Besitzer wegnimmt, um daraus für sich oder andere Vorteile zu ziehen, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe von 300—5000 Lire bestraft. — Die gleiche Strafe trifft denjenigen, der elektrische Kraft einer Anlage, die er in Benutzung hat, außerhalb des Meßapparates entzieht.

---

[1]) II 148.

[2]) Comm. z. belgischen StGB. S. 575.

[3]) Le code pénal belge III S. 35.

[4]) Der Entw. 1919 enthält nur d. allg. Teil (V.E. v. 1919 I. Buch; mit Denkschrift: Relazione sul progetto preliminare di Codice Penale Italiano libro I 1921).

[5]) Vergl. Stephan, StGB. f. d. Kgrch. Italien, übers. u. erl. S. 169 Anm. 1. Crivellari, Il codice penale, VIII. S. 94. — Carrara, Programma del corso di Diritto criminale, IV. § 2035.

[6]) Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher Nr. 48. 1928. Deutsch von K. Bung. S. 185 ff.

Es handelt sich um eine Übersetzung von al fine di trarne profitto, sodaß also „Vorteil“ im selben Sinn verstanden werden soll, wie in Art. 402 des Strafgesetzbuches. Art. 643 behandelt den Diebstahl unter erschwerenden Umständen.

Art. 644. Fälle, die nur auf Antrag verfolgt werden.

Im Falle des Abs. I des Art. 642 beträgt die Strafe Gefängnis bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 2000 Lire und es tritt Strafverfolgung nur auf Antrag ein: 1. Wenn der Schuldige allein zu dem Zwecke gehandelt hat, zeitweise von der weggenommenen Sache Gebrauch zu machen, und die Sache zurückgegeben worden ist; 2. Wenn die Tat an Sachen von geringem Wert, um einer äußersten Notlage abzuhelfen, begangen ist; etc.

Art. 646. Raub. Wer, um sich oder anderen einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, mittels Gewalt an der Person oder Drohung sich fremde bewegliche Sachen dadurch aneignet, daß er sie dem Besitzer wegnimmt . . . Art. 647. Erpressung. Auch hier ist Verschaffung eines rechtswidrigen Vorteils zu fremdem Schaden verlangt. Ebenso bei Betrug (Art. 659). Art. 665. Unterschlagung: Wer, um sich einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen . . aneignet.

f) Spanien.

Strafgesetzbuch vom 17. VI. 1870. Art. 530.

1⁰ Los que con animo de lucrarse y sin violencia ó intimidación en las personas ni fuerza en los cosas, toman las cosas mueblas ajenas sin la valuntad de su dueño.

2⁰ Los que encontrándose una cosa perdita, y sabiendo quién es su dueño, se la apropiaren con intención de lucro.

g) England.

Es gibt keine gesetzliche Definition des Diebstahls; sie ist nur wissenschaftlich festgesetzt. Grundlage ist „Larceny act“ v. 6. VIII. 61, 24 und 25 Vict., Cap. 96. Larceny umfaßt ähnlich wie der französische vol verschiedene Delikte (Erpressung, teilweise Unterschlagung, Betrug). Im engeren Sinn bedeutet larceny Diebstahl (theft) und kann etwa als rechtswidriges Wegnehmen und Wegschaffen von beweglichen Sachen mit der Absicht, sie dem rechtmäßigen Eigentümer zu entziehen, umschrieben werden; (the felonious taking and carrying away of things personal, with the intent to deprive the rightful owner of the same).[1]) Gegenstand der Wegnahme kann nur eine Sache sein, die einen Wert in sich selbst trägt.[2])

[1]) Stephen, Digest of the criminal law, 7th ed. 1926. Ferner New Commentaries IV S. 98, 131 ff. Vergl. auch Harburger S. 244 f.

[2]) Harburger S. 227.

h) Rußland.

Strafgesetzbuch der R.S.F.S.R. und U.S.S.R. (Russische Sozialistische Föderative Sowjetrepublik, Ukrainische Sozialistische Sowjetrepublik) von 1922.[1])

§ 180. Diebstahl. Der Diebstahl, d. h. die geheime Aneignung einer Sache, die sich im Besitz, der Nutznießung oder unter der Verwaltung einer anderen Person oder eines Unternehmers befindet, wird nach folgenden Grundsätzen bestraft: . . .

Es folgt unter a. der einfache Diebstahl (begangen bei einer Privatperson ohne Anwendung irgendwelcher technischer Hilfsmittel); im folgenden die verschiedensten Fälle qualifizierten Diebstahls.

§ 185. Aneignung und Vergeudung. Die Aneignung, das heißt, die eigenmächtige Zurückhaltung in gewinnsüchtiger Absicht und ebenso die Vergeudung einer Sache, die für einen bestimmten Zweck anvertraut ist, wird. . . .

Aneignung entspricht dabei ungefähr der deutschen Unterschlagung.

Im Jahre 1926 ist dieses Strafgesetzbuch bereits wieder durch ein neues ersetzt worden, das mir indes nicht zugänglich war.

[1]) Strafgesetzbuch, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung Sowjetrußlands. Eingel., übers. und kommentiert v. H. Freund (Osteuropa-Institut Breslau I N. F. 1) 1925.

LITERATUR-VERZEICHNIS.

Abegg: Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. 1836.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1922.

Amtlicher Entwurf eines Allg. Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. 1925.

Aschrott-Kohlrausch: Reform des Strafrechts. Kritische Besprechung des amtl. Entwurfs eines allg. deutschen StGB. auf Veranlassung der deutschen Landesgruppe der Internat. Krim. Vereinigung. Herausgegeben 1926.

Aschrott-Liszt: Reform des Strafgesetzbuches 1910. (Mittermaier: Diebstahl, Unterschlagung, Entwendung.)

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2. 1907.

v. Bar: Magazin für deutsches Recht der Gegenwart IV S. 1 ff.

Bauer: Lehrbuch des Strafrechts. 1833.

Bayerisches Strafgesetzbuch von 1813. Anmerkungen zum Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern; nach den Protokollen des kgl. Geh. Rats. 1813.

Bayerisches Strafgesetzbuch von 1861.

Berner: Kritik des Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. 1869.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1898.

Binding: Die Normen und ihre Übertretung. 1916/1920.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil II. 1904/05.

Birkmayer: Darstellung des Strafrechts, Enzyklopädie der Rechtswissenschaften. 1904.

Boehmer I.S.F.: Observationes ad Carpzovii practicam, 1759; Meditationes in Carolinam. 1770.

Bonifacius Joh.: „De furtis" tractatus novus et singularis. 1600.

Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zum Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918.

Braunschweig: Strafgesetzbuch vom 10. Juli 1840.

Carnot: Commentar zum Code pénal. II. Brüssel 1835.

Carpzov Benedikt: Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium etc. von 1635. Ausgabe von 1646.

Carrara: Programma del corso di Diritto criminale. 1868.

Chauveau et Hélie: Théorie du Code pénal. 6. Aufl. Paris 1887/88.

Codex Juris Bavarici Criminalis vom 7. August 1751. Teil I.

Constitutio Criminalis Theresiana vom 31. Dezember 1768.

Corpus Juris Civilis, ed. Krueger et Mommsen 1911.

Crivellari: Il codice penale. Turin 1898.

Cujacius Jac.: Jurisconsulti commentarii, Ausgabe von 1559. Interpretationes ad Jul. Pauli Receptarum Sententiarum libros V.

Deutsche Juristenzeitung.

Dickel K.: Tatbestand des Diebstahls nach deutschem Recht. 1877.

Doerr Fr.: Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen (strafr. Abhandlungen H. 3 und 4, 1897).

Dollmann: Die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts. 1834.

Donellus: Opera omnia, Commentarius de jure civili, 1764.

Eckardt Rudolf: Kontroversen in der Lehre von Diebstahl. Diss. Würzburg 1899.
Egidy: Das Verbrechen des Diebstahls, insbesondere nach dem Thüringischen Strafgesetzbuch. 1859.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 2. Abtlg. 23.—27. Auflage, 1926.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch. I. Teil: Entw. d. Strafrechtskomm. (1913). — II. Teil: Entw. v. 1919. — III. Teil: Denkschr. z. Entw. von 1919. Berlin 1921.
Entwurf eines Allg. Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung 1927.
Entwurf eines Allg. bürgerlichen Strafgesetzbuchs für das Königreich Norwegen. Motive. Übersetzt von Weber. 1912.
Farinacius Prosper: Praxis et theoricae crim. Ausgabe von 1683.
Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechts (Mittermaier, 18. Aufl.).
Feulner Ludwig: Der Diebstahl nach dem geltenden Recht, Vorentwurf und Gegenentwurf, unter besonderer Berücksichtigung der subjektiven Seite. Diss. Erlangen 1912.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. 1926.
Freund: Strafgesetzbuch, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung Sowjetrußlands. Osteuropainstitut I N.F. 1 Breslau 1925.
Garraud: Traité théorique et pratique du droit pénal français. Paris 1891.
Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs von Kahl, Lilienthal, Liszt, Goldschmidt mit Begründung. Berlin 1911.
Gérard: Kommentar zum belgischen Strafgesetzbuch. Brüssel 1868.
Gerichtssaal.
v. Gleispach: Der österreichische Strafgesetzentwurf. 1912.
v. Gleispach: Veruntreuung an vertretbaren Sachen. 1905.
Goltdammers Archiv für Strafrecht.
Grolmann: Grundsätze der Crim. Rechtswissenschaft. 1798.
Gutachtliche Äußerungen über den Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, gefertigt vom Reichsjustizamt.
Häberlin: Grundsätze des Crim.Rechts nach den neuen Strafgesetzbüchern, Bd. IV. 1848.
Hälschner Hugo: Das gemeine deutsche Strafrecht II, 1884—1887.
Hälschner Hugo: System des preuß. Strafrechts, Bd. II. 1868.
Hamburg: Kriminalgesetzbuch für Hamburg vom 30. April 1869.
Harburger: Diebstahl und Unterschlagung (Vergl. Darst. VI 2).
Heffter: Lehrb. des gem. deutschen Crim.Rechts. 4. A. 1848.
Hegler: Betrug. (Vergl. Darst. VII).
Held-Siebdrat: Komm. z. sächs. Strafgesetzbuch von 1838.
Henke: Handbuch d. Crim.Rechts und der Crim.Politik. Teil II. 1823.
Hepp F. C. Th.: Versuche über einige Lehren der Strafrechtswissenschaft. Heidelberg 1827.
Hessen: Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen von 1841.
Heuser: Bemerkenswerte Entscheidungen des Crim.Senats des Oberappellationsgerichts Cassel. 1853.
His Rudolf: Strafrecht des deutschen Mittelalters. Leipzig 1920.
Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts. 1871—1877. (Bd. 3).
Hufnagel: Anmerkungen zum württembergischen Strafgesetzbuch vom 1. III. 1839.
Hufnagel: Komm. zum württemb. Strafgesetzbuch. Stuttgart 1840.
John: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 1.

Josephinisches Allg. Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung vom 13. Januar 1787. Neufassung von 1803.

Juristische Wochenschrift (Herausgegeben vom deutschen Anwaltsverein).

Karlowa: Römische Rechtsgeschichte. 1901.

Klein E. Fd.: Grundsätze d. gem. deutschen und preuß. peinlichen Rechts. Halle 1796.

Klien: Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. 1806.

Koch I. C.: Institutiones Juris Criminalis. Jena 1758.

Köhler: Deutsches Strafrecht, Allg. Teil. 1917.

Köhler: Studien zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches. 1910.

Köstlin: Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tübingen 1858.

Kreß: Commentatio succincta in Carolinam 1721.

Kronauer: Kompendium des Bundesstrafrechts d. schweiz. Eidgenossenschaft. 1912.

Lammasch: Grundriß des österreichischen Strafrechts. Wien 1926.

Lammasch: Diebstahl und Beleidigung. Wien 1893.

Lang: Lücken und Überflüssiges im Strafgesetzentwurf. J. W. 1928 Nr. 36/37.

Leipziger Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch: Ebermayer, Lobe, Rosenberg. 3. Auflage, 1925.

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.

Leonhardt: Kommentar zum Strafgesetzbuch von Hannover von 1840. Justizgesetzgebung des Königreichs Hannover, Hann. 1851 und 1852.

Lilienthal: Der Diebstahl als Bereicherungsdelikt. Z. f. Str. W. 32 S. 1 ff.

Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. A. 1927.

Marezoll: Das gemeine deutsche Kriminalrecht. 1841.

Martin Chr.: Lehrbuch des deutschen gem. Crim.Rechts. 1829.

Materialien zum Strafgesetzbuch für die preuß. Staaten (Goltdammer) Teil II. 1852.

Matthäus Ant.: De criminibus. 4. A. 1679.

Meister Chr. F. G.: Principia Juris Crim. 2. A. 1760.

Meister d. J.: Principia Juris Crim. Germaniae communis. 1789.

Merkel: Diebstahl und Unterschlagung (Holtzendorffs Handbuch des Strafr.).

Mommsen Th: Römisches Strafrecht (in Bindings Handb. d. Rechtswissenschaft I 4) 1899.

Motive zum preuß. Strafgesetzbuch.

Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. Juli 1869. Dez. 1869.

Nypels: Le code pénal belge. Brüssel 1896—99.

Oldenburg: Strafgesetzbuch für die herzogl. Oldenburgischen Lande vom 10. November 1814.

Olshausen: Kommentar zum RStGB. 11. Aufl. 1927.

Oppenhoff: Strafgesetzbuch für die preuß. Staaten von 1851.

Oppenhoff: Rechtsprechung d. k. Obertribunals in Strafsachen; Rechtsprechung d. k. Obertribunals und des k. Oberappellationsgerichts in Strafsachen.

Osenbrüggen: Casuistik des Kriminalrechts. 1854.

Österr. Strafgesetzbuch vom 27. Mai 1852.

Paulsen: Almindelig Borgerlig Straffelov og lov om dens ikrafttraeden, Kristiania 1916.

te Peerdt Rudolf: Die Behandlung des Diebstahls im RStGB., V.E., Geg.Entw., mit Berücksichtigung des österr. Reg.E. und des schweizer. V.E. Diss. Heidelberg 1915.

Peinliche Gerichtsordnung Karls V. v. 1532.

Preuß. Allg. Landrecht, Teil II.

Preussen: Strafgesetzbuch für die preuß. Staaten v. 1851.

Protokolle der Strafrechtskommission 1913 (autographiert).
Quistorp: Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. 5. A. 1794.
Rechtspr. d. Reichsgerichts in Strafsachen.
Rein W.: Kriminalrecht der Römer, 1844.
Rosenberger: Über das furtum nach klass. röm. Recht. Diss. Zürich 1879.
Roßhirt: Lehrbuch des Kriminalrechts. 1821.
Sächsisches Strafgesetzbuch von 1855.
Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung.
Sauer: Schließen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus? Diss. 1908.
Schäfer Leopold: Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927. Mannheim 1927.
Siebdrat Alb.: Kommentar z. sächs. Strafgesetzbuch von 1855.
Spanisches Strafgesetzbuch von 1870.
Stephan: StGB. f. d. Königreich Italien. 1890.
Stephen: Digest of the criminal law. 7th ed. 1926. New Commentaries.
Stooß Karl: Grundzüge d. schweiz. Strafrechts. 1892/93.
Stooß Karl: Lehrbuch des österr. Strafrechts. 1910.
Temme: Lehre vom Diebstahl nach preuß. Recht. 1840.
Thilo Wilh.: Anmerkungen z. Badischen StGB. Karlsruhe 1845.
Tittmann: Handbuch z. Strafrechtswissenschaft etc., 1806.
Ullmann: Dolus beim Diebstahl, Mannheim 1870.
Unger: „Recht" 14; s. auch gutachtliche Äußerungen über den V.E. etc.
Vergl. Darst. des deutschen und ausländischen Strafrechts, bes. Teil. 1906—1909.
Vorentwurf zum StGB. mit Begründung. 1909.
Vorentwurf zu einem schweiz. Strafgesetzbuch, Oktober 1916. Zürich 1917.
Vorentwürfe eines StGB. über Verbrechen und Vergehen und eines Übertretungsgesetzes, herausgegeben von der Komm. f. d. Reform d. Čechoslovakischen Strafgesetzes. Prag 1926.
Wächter: Lehrb. d. röm. teutschen Strafrechts, 1825.
Weis: Kommentar z. bayer. Strafgesetzbuch von 1861. 1865.
Wilda: Strafrecht der Germanen. 1842.
Windscheid: Lehrbuch d. Pandektenrechts, 9. A. 1906, bearb. v. Th. Kipp.
Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft.
Zimmer Willy: Der Zueignungsbegriff nach dem RStGB. unter Berücksichtigung des V.E. etc. Diss. Halle, 1913.
Zürcher: Erläuterungen zum V.E. eines schweiz. StGB. v. 1908. Bern 1914.